Guia para o Investidor
Legal Estrangeiro no Brasil

Guia para o Investidor **Legal** Estrangeiro no Brasil

APRESENTAÇÃO

O **CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados** é uma associação sem fins lucrativos que congrega, atualmente, cerca de 1.000 sociedades de advogados associadas em todo o território nacional. Fundado em 1983, em São Paulo, o CESA foi aos poucos expandindo suas atividades e hoje está presente em vários estados brasileiros.

A parceria do CESA com o Governo do Estado de São Paulo teve início em 1991, quando foi lançado o projeto de publicação do primeiro Guia. A publicação foi impressa nas versões português e inglês, e distribuída pelo Governo de São Paulo em todas as oportunidades e eventos oficiais de caráter internacional.

A repercussão do trabalho foi tão positiva que levou o CESA a pensar na sua revisão, ampliando e melhorando sua estrutura e alcance. A segunda edição foi integralmente assumida pelo CESA para exclusiva distribuição entre seus associados, entidades de classe e instituições de desenvolvimento e de divulgação do Brasil no exterior.

Desde então, foram diversas atualizações, sempre contando com a colaboração das sociedades de advogados associadas ao CESA, inclusive uma, especialmente, elaborada para atender a solicitação do Departamento de Promoção Comercial do Ministério das Relações Exteriores, passando, então, a ser distribuído em todos os eventos internacionais promovidos pelo Ministério.

Finalmente, no ano em que se completou 10 anos do primeiro Guia, o CESA recebeu uma solicitação do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado de São Paulo, Geraldo Alckmin, para uma nova edição do Guia, o que resultou nesta nona edição, revisada e atualizada em 2011.

São Paulo, janeiro de 2014

Carlos Roberto Fornes Mateucci
Presidente Nacional

José Luis de Salles Freire
Presidente do Conselho Diretor

CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados
www.cesa.org.br

APRESENTAÇÃO GOVERNADOR

Com muito orgulho, apresento mais uma edição do GUIA LEGAL PARA O INVESTIDOR ESTRANGEIRO NO BRASIL, preparado e agora revisto pelo CESA – Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, atendendo a pedido do Governo do Estado de São Paulo.

O Brasil, em sua condição de potência emergente, passou a exercer crescente atração para capitais estrangeiros, dadas suas especiais características relacionadas à estabilidade econômica, à segurança jurídica e à capacidade de sobreviver às fortes crises econômicas. Com essa crescente procura de investidores pelo Brasil e principalmente pelo Estado de São Paulo, o Governo do Estado criou a agência Investe São Paulo, que é a porta de entrada dos investidores no Estado. A Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade presta todo o tipo de apoio às empresas que pretendem se instalar no Estado ou expandir seus empreendimentos. A Agência auxilia a aproximação do investidor com os municípios paulistas, recepciona delegações estrangeiras, apresenta oportunidades de participação em parcerias público-privadas e em concessões e promove a imagem do Brasil e do Estado no exterior como destino de investimentos (www.investe.sp.gov.br).

Também à disposição do investidor está agora a Desenvolve SP, que é a Agência de Fomento Paulista, responsável pelo financiamento de pequenas e médias empresas, oferecendo taxas de juros com percentuais abaixo do mercado tradicional de crédito (www.desenvolvesp.com.br).

Ao agradecer mais esta importante colaboração ao CESA, destacando sua importância por congregar cerca de 1.000 importantes sociedades de advocacia do Brasil, desejo ressaltar a colaboração do seu presidente, José Luis de Salles Freire e dos advogados Moira Virginia Huggard-Caine, Celso de Souza Azzi e Belisário dos Santos Jr., que coordenaram a elaboração desse trabalho.

São Paulo, janeiro de 2014.

Geraldo Alckmin
Governador dos Estado de São Paulo

COLABORADORES

A Diretoria do CESA agradece as Sociedades de Advogados, a seguir relacionadas, que através de seus sócios colaboraram na redação, atualização e tradução de cada um dos capítulos deste Guia Legal para o Investidor Estrangeiro no Brasil.

SOCIEDADE DE ADVOGADOS PIAUHYLINO MONTEIRO
Av. Antonio de Góes, 742, sala 801, Ed. Empresarial Jopin-Pina
51010-000 – Recife – PE – Brasil
Tel: 81 3221-5973
Fax: 81 3221-0364
e-mail: lf@apm.adv.br
Internet: www.apm.adv.br

ARAÚJO E POLICASTRO ADVOGADOS
Av. Brigadeiro Faria Lima, 3729, 2º andar,
04538-907 São Paulo, SP.
Tel: 11 3049-5700
Fax: 11 3078-6120 / 3078-6195
e-mail: arapo@araujopolicastro.com.br
Internet: www.araujopolicastro.com.br

AZEVEDO SETTE ADVOGADOS ASSOCIADOS
Rua Paraíba, 1000, térreo,
30130-141 Belo Horizonte, MG.
Tel: 31 3261-6656
Fax: 31 3261-6797
e-mail: osette@azevedosette.com.br
Internet: www.azevedosette.com.br

BARBOSA, MUSSNICH & ARAGÃO ADVOGADOS
Av. Almirante Barroso, 52, 32º andar,
20031-000 Rio de Janeiro, RJ.
Tel: 21 3824-5800
Fax: 21 2262-5536/5537

e-mail: mailbox@bmalaw.com.br
Internet: www.bmalaw.com.br

BARROS PIMENTEL, ALCANTARA GIL, RODRIGUEZ E VARGAS ADVOGADOS
Alameda Ministro Rocha Azevedo, 456, 8º andar,
01410-000 – São Paulo, SP.
Tel: 11 3896-1600
Fax: 11 3896-1608
e-mail: barrospimentel@barrospimentel.adv.br
Internet: www.barrospimentel.adv.br

BASTOS-TIGRE, COELHO DA ROCHA E LOPES ADVOGADOS
Av. Rio Branco, 99, 9º andar,
20040-004 – Rio de Janeiro , RJ
Tel: 21 2263-3404
Fax: 21 2253-4382
e-mail: riodejaneiro@bastostigre.com.br
Internet: www.bastostigre.com.br

CASILLO – ADVOGADOS
Rua Lourenço Pinto, 500,
80010-160 Curitiba, PR.
Tel: 41 3310-6800
Fax: 41 3310-6868
e-mail: casillo@casilloadvogados.com.br
Internet: www.casilloadvogados.com.br

DEMAREST ADVOGADOS
Av. Pedroso de Moraes, 1201,
Centro Cultural Ohtake,
05419-001 São Paulo, SP.
Tel: 11 3356-1800
Fax: 11 3356-1700
e-mail: da.sp@demarest.com.br
Internet: www.demarest.com.br

FELSBERG, PEDRETTI, MANNRICH E AIDAR ADVOGADOS E CONSULTORES LEGAIS
Av. Paulista, 1294, 2º andar,
01310-915 São Paulo, SP.
Tel: 11 3141-9100
Fax: 11 3141-9150
e-mail: mail@felsberg.com.br
Internet: www.felsberg.com.br

GREBLER ADVOGADOS
Av. Álvares Cabral, 1777, 14º andar,
30170-001 – Belo Horizonte – MG – Brasil
Tel: 31 3261-1400
Fax: 31 3261-8199
e-mail: egr@grebler.com.br
Internet: www.grebler.com.br

MACHADO, MEYER, SENDACZ E OPICE – ADVOGADOS
Av. Brigadeiro Faria Lima, 3.144, 11º andar,
01451-000 – São Paulo – SP – Brasil
Tel: 11 3150-7000
Fax: 11 3150-7071
e-mail: mmso@mmso.com.br
Internet: www.machadomeyer.com.br

MATTOS FILHO, VEIGA FILHO, MARREY JR. E QUIROGA ADVOGADOS
Alameda Joaquim Eugênio de Lima, 447/421
01403-001 São Paulo, SP.
Tel: 11 3147-7600
Fax: 11 3147-7770
e-mail: mattosfilho@mattosfilho.com.br
Internet: www.mattosfilho.com.br

MATTOS, MURIEL, KESTENER ADVOGADOS
Alameda Santos, 1940, 1º andar,
01418-200 – São Paulo – SP – Brasil

Tel: 11 3149-6100
Fax: 11 3149-6101
e-mail: mmk@mmk.com.br
Internet: www.mmk.com.br

MELO CAMPOS ADVOGADOS ASSOCIADOS
Rua Espírito Santo, 2727, 8º andar
30160-032 – Belo Horizonte, MG.
Tel: 31 2123-0000
Fax: 31 3223-9697
e-mail: administracao@melocampos.com.br
Internet: www.melocampos.com.br

MOTTA, FERNANDES ROCHA E ADVOGADOS
Av. Almirante Barroso, 52, 5º andar
20031-000 – Rio de Janeiro – RJ – Brasil
Tel: 21 2533-2200
Fax: 21 2262-2459
e-mail: mfra@mfra.com.br
Internet: www.mfra.com.br

NEHRING E ASSOCIADOS – ADVOCACIA
Av. Paulista, 1294, 12º andar, Ed. Eluma
01310-915 São Paulo, SP.
Tel: 11 3549-4961
Fax: 11 3549-4980
e-mail: nehring@nehring.com.br

NOVAES, PLANTULLI E MANZOLI –
SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Rua dos Pinheiros, 498, 15º andar, cj 151
05422-902 – São Paulo – SP – Brasil
Tel: 11 3035-3400
Fax: 11 3035-3401
e-mail: novaesadvs@novaesadvs.com.br
Internet: www.novaesadvs.com.br

MURRAY ADVOGADOS
Alameda Ministro Rocha Azevedo, 38, 12º andar,
01311-928 São Paulo, SP.
Tel: 11 3132-9400
Fax: 11 3181-6699
e-mail: alberto@murray.adv.br
Internet: www.murray.adv.br

PINHEIRO NETO ADVOGADOS
Rua Hungria, 1.100,
01455-906 São Paulo, SP.
Tel: 11 3247-8400
Fax: 11 3247-8600
e-mail: pna@pn.com.br
Internet: www.pinheironeto.com.br

TELLES PEREIRA, AZZI, FERRARI E ALMEIDA SALLES – ADVOGADOS S/C
Rua Boa Vista, 280, 16º andar,
01014-000 São Paulo, SP.
Tel: 11 3106-0021
Fax: 11 3105-4363
e-mail: tafas@tafas.com.br

TESS ADVOGADOS
Avenida Brasil, 471,
01431-000 São Paulo, SP.
Tel: 11 2146-6000
Fax: 11 2146-6001
e-mail: ectess@tesslaw.com
Internet: www.tesslaw.com

TOZZINI FREIRE ADVOGADOS
Rua Borges Lagoa, 1.328
04038-904 – São Paulo – SP – Brasil
Tel: 11 5086-5000
Fax: 11 5086-5555

e-mail: mail@tozzinifreire.com.br
Internet: www.tozzinifreire.com.br

TRENCH, ROSSI E WATANABE – ADVOGADOS
Av. Dr. Chucri Zaidan, 920, 13º andar,
Market Place Tower I,
04583-904 São Paulo, SP.
Tel: 11 3048-6800
Fax: 11 5506-3455
e-mail: trwadv@bakernet.com
Internet: www.trenchrossiewatanabe.com.br

ULHÔA CANTO, REZENDE E GUERRA – ADVOGADOS
Av. Pres. Antonio Carlos, 51, 12º andar,
20020-010 Rio de Janeiro, RJ.
Tel: 21 3824-3265
Fax: 21 2240-7360
e-mail: ucrgrj@amcham.com.br
Internet: www.ulhoacanto.com.br

VEIRANO ADVOGADOS
Av. Presidente Wilson, 231, 23º andar,
20030-021 Rio de Janeiro, RJ.
Tel: 21 2282-1232
Fax: 21 2262-4247
e-mail: rjoffice@veirano.com.br
Internet: www.veirano.com.br

WALTER STUBER CONSULTORIA JURÍDICA
Rua Tabapuã, 474, 6º andar,
04533-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel: 11 3146-9911
Fax: 11 3146-9983
e-mail: stuberlaw@stuberlaw.com.br
Internet: www.stuberlaw.com.br

YARSHELL, MATEUCCI E CAMARGO ADVOGADOS
Alameda Casa Branca, 35 – cj. 301
01408-000 – São Paulo – SP – Brasil
Tel: 11 3288-4322
Fax: 11 3284-1644
e-mail: ymc@ymc.com.br
Internet: www.ymc.com.br

SUMÁRIO

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos seus Estados, Municípios, e do Distrito Federal. No sistema legal brasileiro, as normas são criadas principalmente pelos Poderes Legislativo e Executivo, e interpretadas, principalmente, pelo Poder Judiciário. Apesar de consagrar o sistema de tripartição de poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), o Brasil adota também o sistema de pesos e contrapesos por meio do qual cada um dos poderes constituídos exerce um pouco das funções que originariamente seriam exercidas por outro poder.

Essas normas são dispostas em vários graus hierárquicos, partindo do topo, onde se encontra a Constituição Federal, discutida e votada por uma Assembleia Nacional Constituinte e promulgada em 1988 sob um enfoque democrático. Apesar de sua existência de apenas algumas décadas, a Constituição Federal já foi objeto de 67 emendas constitucionais, sendo a mais recente promulgada em 22.12.2010. De forma geral, a Constituição Federal apresenta ampla abrangência temática e confere extenso rol de direitos e garantias aos cidadãos e às empresas, além de estabelecer a organização político-administrativa do País. Os Estados-Membros da Federação também promulgaram suas próprias Constituições que,

no entanto, devem ser compatíveis e não podem conflitar com os ditames da Constituição Federal.

Todo o sistema jurídico brasileiro baseia-se na Constituição Federal, e engloba tratados e convenções internacionais (que necessitam de aprovação pelo Congresso para adquirirem validade no Brasil) e também leis e outros atos infralegais, como decretos e portarias.

Existem quatro entes que compõem a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, os quais possuem os três poderes estatais: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, com exceção dos Municípios, que não têm Judiciário próprio.

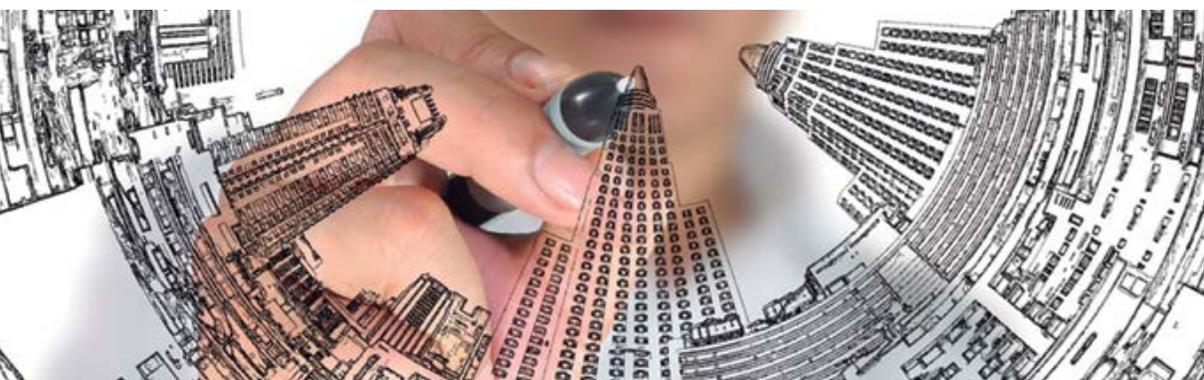
O Poder Legislativo Federal é composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, que formam o Congresso Nacional. Sua principal responsabilidade é a elaboração de leis. A Constituição Federal determina que alguns assuntos devam ser legislados apenas pela União e, portanto, cabe ao Congresso Nacional legislar sobre Direito Civil, Comercial, Penal, Processual, Eleitoral, Agrário, Marítimo, Aeronáutico, águas, energia, informática, telecomunicações, sistema monetário, seguros, comércio exterior, política nacional de transportes, regime de portos, jazidas, atividades nucleares, dentre outros.

O Poder Legislativo dos Estados e do Distrito Federal é competente para criar leis estaduais/distritais e também legislar de forma suplementar sobre, por exemplo, Direito Tributário, Financeiro, Econômico, produção, consumo, defesa do solo e dos recursos naturais e responsabilidade por danos ao meio ambiente. Nesses assuntos, inexistindo lei federal, o Estado tem competência legislativa plena. Já o Poder Legislativo municipal possui competência apenas para assuntos de interesse local.

As Justiças Estaduais, a Justiça Federal e as justiças especializadas compõem o Poder Judiciário brasileiro. O procedimento judicial é constituído por duas instâncias ordinárias de julgamento e por instância extraordinária formada pelos Tribunais Superiores de cada justiça especializada, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que trata, em geral, de questões infraconstitucionais, e pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que trata, em geral, de questões constitucionais.

Os juízes baseiam suas decisões na interpretação das normas vigentes, podendo, em caso de lacuna legislativa, aplicar a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito ao caso concreto. Nos últimos anos, contudo, permitiu-se ao STF criar Súmulas Vinculantes, precedentes judiciais com força de lei. No STJ e no STF foi instituído, também, o julgamento conjunto de recursos, que versam sobre a mesma questão jurídica Essas reformas têm o intuito de aumentar a eficácia dos pronunciamentos dos tribunais e elevam a crescente valorização dos precedentes judiciais no sistema jurídico do País, apesar de o Direito continuar baseando-se nas leis (contrapondo-se ao sistema conhecido como "common law", adotado em outros países).

O Poder Executivo tem a competência, dentro dos limites constitucionais e legais impostos, de se auto regulamentar, de normatizar questões suplementares das leis e de regular setores da economia, por meio das agências reguladoras.

As normas legais que compõem o sistema jurídico brasileiro, emanadas tanto dos Poderes da União, como dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, devem respeitar os preceitos contidos na Constituição da República, sob pena de inconstitucionalidade. Os atos da administração pública são submetidos a princípios como da legalidade, moralidade e eficiência. Os atos privados devem seguir os comandos constitucionais, bem como o Código Civil e demais leis. Todo esse sistema normativo, portanto, estabelece direitos e deveres, garantindo segurança às relações jurídicas, bem como proporciona instrumentos para assegurar tais direitos.

INSTITUIÇÕES PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Capítulo 2

O Decreto-Lei n.º 200/67 e suas alterações posteriores classificaram a Administração Federal em Direta e Indireta, constituindo-se a primeira dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios, e a Indireta dos serviços atribuídos a pessoas jurídicas diversas da União, públicas (Autarquias e Fundações) ou privadas (Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas e Fundações), vinculadas a um Ministério.

A Administração Pública Federal é dirigida pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado.

Conforme prescreve o artigo 1º, da Lei n.º 10.683, de 28 de maio de 2003, a presidência da República é constituída, essencialmente, pela Casa Civil; pela Secretaria-Geral; pela Secretaria de Relações Institucionais; pela Secretaria de Comunicação Social; pelo Gabinete Pessoal; pelo Gabinete de Segurança Institucional; pela Secretaria de Assuntos Estratégicos; pela Secretaria de Políticas para as Mulheres; pela Secretaria de Direitos Hu-

manos; pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; pela Secretaria de Portos e pela Secretaria de Aviação Civil.

Os Ministérios são órgãos autônomos da cúpula da Administração Federal, situados logo abaixo da Presidência da República, cujas múltiplas funções foram delineadas pela Reforma Administrativa de 1967 com suas alterações posteriores.

Dentre as autarquias encontram-se as Agências Reguladoras, pessoas jurídicas de direito público que são constituídas por meio de lei e são dotadas de autonomia política, financeira, normativa e de gestão. A função das agências reguladoras é controlar e fiscalizar a atividade pública a ser realizada por companhias privadas (ANP, ANEEL, ANATEL e outras), mediante prévia concessão, permissão ou autorização.

2.1. Ministérios

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

Cuida dos seguintes assuntos: defesa da ordem jurídica, dos direitos políticos e das garantias constitucionais; política judiciária; nacionalidade, imigração e estrangeiros; entorpecentes; segurança pública; direitos dos índios; Polícias Federais, Rodoviária e Ferroviária Federal e do Distrito Federal; planejamento, coordenação e administração da política penitenciária nacional; defesa da ordem econômica nacional e dos direitos do consumidor; ouvidoria geral dos índios e do consumidor; ouvidoria da Polícia Federal; assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados (assim considerados em lei); defesa dos bens e dos próprios da União e das entidades integrantes da Administração Pública Federal indireta; ~~e~~ ações do Governo visando à repressão ao uso indevido, do tráfico ilícito e da produção não autorizada de substâncias entorpecentes e drogas que causem dependência física ou psíquica; coordenação e implementação dos trabalhos de consolidação dos atos normativos no âmbito do Poder Executivo e prevenção e repressão à lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Atua no campo da política internacional; das relações diplomáticas e serviços consulares; dos programas de cooperação internacional competindo-lhe, ainda, a participação nas negociações comerciais, econômicas, técnicas e culturais com go-

vernos e entidades estrangeiras; e o apoio a delegações, comitivas e representações brasileiras em agências e organismos internacionais multilaterais.

Em resumo, auxilia o Presidente da República na formulação da política exterior do Brasil, assegurando sua execução, mantendo relações diplomáticas com governos de Estados estrangeiros, organismos e organizações internacionais, bem como promovendo os interesses do Estado e da sociedade brasileiros no exterior.

MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES

Competem-lhe os assuntos pertinentes aos transportes ferroviário, rodoviário e aquaviário; à marinha mercante, portos e vias navegáveis; e aos transportes aeroviários. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

DNIT – Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes;

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO

Cabem a este Ministério os seguintes assuntos: política agrícola, abrangendo produção, comercialização, abastecimento, armazenagem e garantia de preços mínimos; produção e fomento agropecuários; mercado, comercialização e abastecimento agropecuários; informação agrícola; defesa sanitária animal e vegetal; fiscalização de insumos utilizados na atividade agropecuária; classificação e inspeção de produtos e derivados animais e vegetais; proteção, conservação e manejo do solo; pesquisa tecnológica em agricultura e pecuária; meteorologia e climatologia; cooperativismo e associativismo rural, agro energia, assistência técnica e extensão rural; política relativa ao café, açúcar e álcool, planejamento e exercício da ação governamental nas atividades do setor agroindustrial canavieiro. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

EMBRAPA – Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária, responsável por viabilizar soluções para o desenvolvimento sustentável do espaço rural e do agro negócio;

CEAGESP – Companhia de Entrepostos e Armazéns Gerais de São Paulo que, com redes de armazenagem e entrepostagem, asseguram grande parte do abastecimento do Estado de São Paulo.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

É responsável pelas seguintes matérias: política nacional de educação; educação infantil; educação em geral, compreendendo ensino fundamental, médio e superior, educação especial e educação à distância exceto ensino militar; educação de jovens e adultos; educação profissional; avaliação, informação e pesquisa educacional; pesquisa e extensão universitária; magistério e assistência financeira a famílias carentes para escolarização de seus filhos ou dependentes.

MINISTÉRIO DA CULTURA

Cuida da política nacional de cultura; proteção do patrimônio histórico e cultural brasileiro; delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinação de suas demarcações.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO

É responsável por: política e diretrizes de geração de empregos e renda e de apoio ao trabalhador; política e diretrizes para a modernização das relações de trabalho; fiscalização do trabalho, inclusive portuário e aplicação das sanções previstas em normas legais ou coletivas; política salarial; política de imigração; formação e desenvolvimento profissional; segurança e saúde no trabalho, cooperativismo e associativismo urbanos.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Incumbe-lhe cuidar da previdência social e previdência complementar e assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Tem como atribuições: política nacional de saúde; coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde; saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios; informações de saúde; insumos críticos para a saúde; ação preventiva em geral, vi-

gilância e controle sanitário de fronteiras e dos portos marítimos, fluviais e aéreos, vigilância de saúde, especialmente quanto às drogas; alimentos e medicamentos; pesquisa científica e tecnológica na área de Saúde. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária;

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR

Cuida da política do desenvolvimento da indústria, do comércio e dos serviços; da propriedade intelectual e transferência de tecnologia; metrologia; normalização e qualidade industrial; políticas de comércio exterior, inclusive participação em negociações internacionais relacionadas; defesa comercial; apoio à micro, empresa de pequeno porte e artesanato; execução das atividades de registro de comércio. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia;

INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial;

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social que, sendo uma empresa pública federal, com personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, tem como objetivo apoiar empreendimentos que contribuam para o desenvolvimento do país. O BNDES conta com duas subsidiárias integrais, a FINAME (Agência Especial de Financiamento Industrial) e a BNDESPAR (BNDES Participações), criadas com o objetivo, respectivamente, de financiar a comercialização de máquinas e equipamentos e de possibilitar a subscrição de valores mobiliários no mercado de capitais brasileiro. As três empresas, juntas, compreendem o chamado "Sistema BNDES".

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA

Competem-lhe os assuntos relacionados à geologia, recursos minerais e energéticos; aproveitamento da energia hidráulica; mineração e metalurgia; petróleo,

combustível e energia elétrica, inclusive nuclear. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

Agências:

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica, responsável por regular e fiscalizar a geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica;

ANP – Agência Nacional do Petróleo, responsável por promover a regulação, contratação e fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.

Empresas vinculadas:

PETROBRÁS – Petróleo Brasileiro S.A.;

ELETROBRÁS – Centrais Elétricos Brasileiros S.A.;

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

Sua incumbência é cuidar da política nacional de telecomunicações, inclusive radiodifusão; serviços de telecomunicações; radiodifusão e serviços postais. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, responsável por promover o desenvolvimento das telecomunicações do País de modo a dotá-lo de uma moderna e eficiente infra-estrutura de telecomunicações, capaz de oferecer aos usuários serviços adequados, diversificados e a preços justos, em todo o território nacional.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA E DA TECNOLOGIA

Cuida da formulação e implementação da política nacional da pesquisa científica e tecnológica; do planejamento, coordenação, supervisão e controle das atividades de ciência e tecnologia; formulação da política de desenvolvimento da informática e da automação; política nacional de biossegurança; política espacial, nuclear e controle da exportação de bens e serviços sensíveis.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE

São suas atribuições: política das ações relativas ao meio ambiente e aos recursos hídricos; política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas; melhoria da qualidade ambiental e do uso sustentável dos recursos naturais; política para integração do meio ambiente e produção; políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal e zoneamento ecológico-econômico. São entidades vinculadas a este ministério, entre outras:

ANA – Agência Nacional de Águas;

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

MINISTÉRIO DA DEFESA

Tem como atribuições básicas: cuidar da política de defesa nacional; política e estratégia militares; política marítima nacional; administrar e coordenar as Forças Armadas; política aeronáutica, etc.

MINISTÉRIO DA FAZENDA

Cuida, basicamente, da formulação e execução da política econômica. Ao Ministério da Fazenda cabe tratar dos assuntos relativos à moeda, crédito, instituições financeiras, capitalização, poupança popular, seguros privados e previdência privada aberta; política, administração, fiscalização e arrecadação tributária e aduaneira; administração financeira e contabilidade públicas; administração de dívidas públicas interna e externa; negociações econômicas e financeiras com governos, organismos multilaterais e agências governamentais; preços em geral e tarifas públicas e administrativas; fiscalização e controle do comércio exterior; realização de estudos e pesquisas para acompanhamento da conjuntura econômica e autorizações, ressalvadas as competências do Conselho Monetário Nacional; da distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda quando efetuada mediante sorteio; das operações de consórcio, vendas de mercadorias a varejo, mediante oferta pública, entre outras. Fazem parte da estrutura organizacional do Ministério da Fazenda, entre outros:

CMN – CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. Uma das entidades do Ministério da Fazenda, o CMN tem a finalidade de formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país.

São atribuições do Conselho Monetário Nacional: estabelecer as diretrizes gerais das políticas monetária, cambial e creditícia; regular as condições de constituição, funcionamento e fiscalização das instituições financeiras e disciplinar os instrumentos de política monetária e cambial.

BACEN – BANCO CENTRAL DO BRASIL, também vinculado ao Ministério da Fazenda, tem como principais atribuições: cumprir e fazer cumprir as normas que regulam o funcionamento do Sistema Financeiro Nacional (expedidas pelo Conselho Monetário Nacional); executar os serviços do meio-circulante; ser depositário das reservas oficiais de ouro e de moeda estrangeira; exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; efetuar o controle dos capitais estrangeiros nos termos da lei; regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis; entender-se em nome do Governo Brasileiro com instituições financeiras internacionais e estrangeiras; exercer a fiscalização e conceder autorizações às instituições financeiras; efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais, etc.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

Cuida da participação na formulação do planejamento estratégico nacional; avaliação e impactos sócio-econômicos das políticas e programas do Governo Federal e elaboração de estudos especiais para a reformulação de políticas, etc. É entidade vinculada a este Ministério, entre outras:

IBGE – Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO

Suas funções são, basicamente, a reforma agrária e a promoção do desenvolvimento sustentável do segmento rural, constituído pelas famílias de agricultores. É entidade vinculada a este Ministério, entre outras:

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária.

MINISTÉRIO DA INTEGRAÇÃO NACIONAL

Tem, basicamente, as seguintes competências: formulação e condução da política de desenvolvimento nacional integrada; formulação e condução dos planos e programas regionais de desenvolvimento; estabelecimento de estratégias de integração das economias regionais, entre outras.

MINISTÉRIO DO ESPORTE

Áreas de competência: política nacional do desenvolvimento da prática dos esportes e inclusão social por meio do esporte.

MINISTÉRIO DO TURISMO

Incumbe-lhe cuidar da política nacional de desenvolvimento do turismo.

MINISTÉRIO DAS CIDADES

É responsável pela política de desenvolvimento urbano; políticas setoriais de habitação; saneamento básico e ambiental; transporte urbano, trânsito e sistemas urbanos de água, entre outros.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME

Cuida da coordenação das políticas nacionais de desenvolvimento social; de segurança alimentar e nutricional; de assistência social e de rendas da cidadania.

MINISTÉRIO DA PESCA E DA AQUICULTURA

Tem a incumbência de assessorar diretamente o Governo na formulação de políticas e diretrizes para o desenvolvimento e o fomento da produção pesqueira e aquícola.

2.2. Câmaras de comércio

Visando a aproximar economicamente o Brasil de outros países, aumentando o fluxo comercial e financeiro entre os mesmos, há em nosso país uma série de Câmaras

do Comércio, entre elas: Câmara Americana de Comércio; Câmara de Comércio e Indústria Japonesa; Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria; Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), entre outras.

Tais Câmaras de Comércio representam uma fonte de informações seguras para que se estabeleçam relações comerciais entre contratantes de países diferentes, auxiliando no contato entre as partes interessadas e prestando auxílio sempre que houver necessidade.

As Câmaras de Comércio se destinam a cooperar com o empresariado, consubstanciando-se em fortes aliados dos países no interesse do bom andamento de seus empreendimentos, respeitando sempre a legislação dos envolvidos na busca do progresso destes.

CAPITAL ESTRANGEIRO

3.1. Aspectos Gerais

O capital estrangeiro é regido, no Brasil, pelas Leis nºs 4.131 (Lei de Capitais Estrangeiros) e 4.390, de 3.9.1962 e 29.8.1964, respectivamente. Ambas as leis encontram-se regulamentadas pelo Decreto nº 55.762 de 17.2.1965, e suas posteriores alterações.

Entendem-se por capital estrangeiro os bens, máquinas e equipamentos entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, assim como os recursos financeiros ou monetários trazidos ao Brasil para aplicação em atividades econômicas, desde que pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

3.2. Registro de Capital Estrangeiro

O registro do capital estrangeiro deve ser efetuado através do Sistema de Informações do Banco Central – SISBACEN – Módulo RDE – IED (Registro Declaratório Eletrônico – Investimento Externo Direto).

Consideram-se investimentos externos diretos, para fins de registro declaratório eletrônico, as participações permanentes em empresas no País, detidas por investidor não-residente, pessoa física ou jurídica, residente, domiciliada ou com sede no exterior, mediante a propriedade de ações ou quotas representativas do capital social de empresas brasileiras, bem como o capital destacado das filiais ou sucursais de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País.

O investimento estrangeiro a ser efetuado e registrado não se sujeita à prévia análise e verificação pelo Banco Central do Brasil ("Banco Central"), sendo referido registro declaratório, ou seja, a empresa receptora do investimento estrangeiro e/ou o representante do investidor estrangeiro são, eles próprios, responsáveis por efetuar o registro.

Todo investimento estrangeiro deve ser registrado no Banco Central. Tal registro é essencial para a remessa de lucros ao exterior, o repatriamento de capital e o registro de reinvestimento de lucros.

3.3. Investimentos em Moeda

Os investimentos em moeda não dependem de qualquer autorização preliminar por parte das autoridades governamentais. Para subscrever o capital ou adquirir uma participação em empresa brasileira já existente, os recursos deverão ser enviados ao país através de estabelecimento bancário autorizado a operar com câmbio. Entretanto, o fechamento do câmbio está condicionado à existência do número sob o qual investidor estrangeiro e a empresa receptora estão registrados no Sistema RDE – IED.

O registro do investimento deverá ser feito através do Sistema RDE – IED, pela empresa brasileira receptora do investimento e/ou pelo representante do investidor externo, dentro de 30 dias a partir do fechamento do contrato de câmbio.

Na hipótese de investimento externo proveniente de conta de não-residente devidamente mantida no Brasil, o registro do referido investimento será feito em moeda nacional. Qualquer movimentação relacionada ao referido investimento deverá ser efetuada por meio da respectiva conta de não-residente, sendo o registro do investimento atualizado através do Módulo RDE-IED.

3.4. Investimentos via Conversão de Créditos Externos

A conversão de créditos externos devidamente registrados no sistema RDE-IED não é sujeita à autorização prévia do Banco Central Considera-se como conversão em investimento externo direto "a operação pela qual créditos passíveis de gerar transferências ao exterior, com base nas normas vigentes, são utilizados pelo credor não residente para a aquisição ou integralização de participação no capital social da empresa no País".

Para esse registro, entretanto, é necessário que a empresa receptora nacional receba, do credor e promitente investidor: (i) declaração definindo, precisamente, os vencimentos das parcelas e respectivos valores a serem convertidos e, no caso de juros e outros encargos, também o período a que se referem e as taxas e cálculos empregados; e (ii) declaração irretratável do credor concordando com a conversão.

3.5. Investimentos via Importação de Bens sem Cobertura Cambial

O investimento sob a forma de Importação de Bens sem Cobertura Cambial, efetuado para a integralização de capital social e desde que o bem seja tangível, não exige a aprovação prévia do Banco Central.

O registro de investimento externo direto decorrente de importação sem cobertura cambial de bens intangíveis, sujeita-se à prévia autorização do DECIC. Em relação a bens tangíveis, deve ser utilizado: (i) o valor objeto do registro no Módulo ROF – Registro de Operações Financeiras do Sistema RDE com vinculação à Declaração de Importação (DI); e (ii) a moeda constante do ROF – Registro de Operações Financeiras correspondente.

Para fins de registro no Módulo RDE – IED, os bens, tanto tangíveis quanto intangíveis, devem ser destinados exclusivamente à integralização de capital.

O registro de capitais estrangeiros ingressados na forma de bens deve ser feito na moeda do país do investidor ou, por solicitação expressa deste, em outra moeda, mantida a paridade cambial.

Consideram-se capitais estrangeiros os bens, máquinas ou equipamentos, de qualquer natureza, efetivamente ingressados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas,

destinados à produção ou à comercialização de bens ou à prestação de serviços. No caso de importação de bens usados, esses bens não podem possuir similar nacional. Bens usados devem ter sua aplicação dirigida a projetos que estimulem o desenvolvimento econômico do país.

Assim que os bens tangíveis forem desembaraçados, a empresa brasileira tem 90 dias para registrar o investimento no Banco Central.

3.6. Investimentos no Mercado de Capitais

Qualquer investidor, inclusive pessoa física e jurídica, não residente, individual ou coletivo, pode investir nos mercados brasileiros (financeiro e de capitais).

O investidor não residente tem o mesmo registro para operar nos mercados de renda fixa e variável, podendo migrar livremente de uma aplicação para outra. Para ter acesso a tais mercados, o investidor estrangeiro deverá constituir representante no Brasil, que será responsável pelo registro das operações, e obter registro junto à Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Os títulos e valores mobiliários do investidor estrangeiro deverão estar custodiados em entidade autorizada pela CVM ou Banco Central a prestar tal serviço, ou, ainda, registrados, conforme o caso, no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) ou em sistema de registro e de liquidação financeira administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP).

3.7. Remessa de Lucros

Não existem restrições à distribuição de lucros e sua consequente remessa ao exterior. Os dividendos e lucros distribuídos aos acionistas ou sócios de sociedades com sede no Brasil, mesmo quando remetidos ao exterior, não são tributados, exceto aqueles decorrentes de lucros gerados anteriormente a 1.1.1996, que estarão sujeitos à tributação conforme a regra aplicável à época.

As remessas relativas a lucros devem ter sua destinação registrada no Módulo RDE – IED, tendo em vista a participação no total de ações ou quotas que compõem o capital social integralizado da empresa receptora do investimento.

3.8. Reinvestimento de Lucros

Entende-se por reinvestimentos os lucros auferidos por empresas sediadas no Brasil e passivos de remessa a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior, mas que foram reinvestidos na empresa que os gerou ou em outro setor interno da economia.

O registro do reinvestimento de rendimentos é efetuado na moeda do país para o qual poderiam ter sido remetidos, ou em moeda nacional, quando o investimento original assim tiver sido feito.

Os rendimentos auferidos pelo investidor estrangeiro que venham a ser reaplicados em empresas receptoras nacionais, mesmo que distintas das que originaram o rendimento, com o objetivo de integralização ou aquisição de ações e/ou quotas, são passíveis de registro sob o item investimentos no Sistema RDE- IED. Tais lucros a serem reinvestidos são registrados como capital estrangeiro, (da mesma forma que o investimento inicial), aumentando assim a base de cálculo para futura repartição de capital para fins tributários.

Nos casos de registro de reinvestimento por capitalização de lucros, juros sobre o capital próprio e reservas de lucros, será observada a proporção da participação do investidor externo no número total de ações ou quotas integralizadas no capital social da empresa receptora em que foram gerados os rendimentos.

3.9. Repatriamento

O capital estrangeiro registrado no Banco Central poderá ser a qualquer tempo repatriado a seu país de origem, dispensando-se para tanto qualquer espécie de autorização prévia.

Os valores em moeda estrangeira registrados no Banco Central como investimentos realizados por não-residentes podem ser repatriados sem a incidência do imposto de renda na fonte. Nesse caso, os valores em moeda estrangeira que ultrapassarem, proporcionalmente, o investimento originalmente realizado (ganho de capital) estarão sujeitos ao imposto de renda na fonte à alíquota de 15%.

3.10. Transferência de Investimentos no Exterior

O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, é responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil.

O adquirente estrangeiro poderá efetuar o registro do capital em montante igual àquele outrora em poder da empresa vendedora, independentemente do preço pago pelo investimento no exterior. Vale mencionar que, neste caso, deverá ser efetuada a mudança no número de registro do Módulo RDE – IED do Banco Central do Brasil, de modo a fazer constar o nome do novo investidor estrangeiro, para que este possa remeter/reinvestir lucros e repatriar seu capital.

3.11. Restrições para Remessas ao Exterior

As remessas de moeda ao exterior podem sofrer restrições sempre que não houver o correspondente registro no Sistema RDE – IED, uma vez que a remessa de lucros, o repatriamento de capital e o registro de reinvestimentos baseiam-se todos no montante registrado a título de investimento estrangeiro.

3.12. Restrições a Investimentos Estrangeiros

Destacamos abaixo algumas vedações e restrições à participação do capital estrangeiro na economia brasileira.

(a) Vedações:

É vedada a participação de capital estrangeiro nas seguintes atividades:
- desenvolvimento de atividades envolvendo energia nuclear;
- serviços de saúde;
- serviços de correios e telégrafos; e
- indústria aero-espacial[1].

---

1 Referente a lançamento e colocação em órbita de satélites, veículos, aeronaves, entre outras atividades, nas quais não estão incluídas a produção ou comercialização daqueles, ou de seus acessórios.

(b) Restrições

• A aquisição de terras rurais por sociedades brasileiras sob controle estrangeiro, por estrangeiro residente no país ou por pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil sujeita-se a condicionamentos previstos em lei e, em alguns casos, à autorização do Congresso Nacional.

• Adicionalmente aos comentários do item anterior, destacam-se restrições no que se refere à aquisição de propriedades localizadas em áreas de fronteira, consideradas indisponíveis à segurança nacional, terras estas cuja aquisição dependerá de prévio consentimento da Secretaria Geral do Conselho de Segurança Nacional.

• Há, ainda, restrições à participação do capital estrangeiro em instituições financeiras, embora tais restrições possam ser afastadas por interesse nacional.

• A exploração de serviços aéreos públicos, para operação de transporte regular, depende de prévia concessão. De acordo com a legislação, tal concessão, por sua vez, somente será dada a pessoas jurídicas brasileiras (entendidas como aquelas que possuem sede e administração no Brasil), e em que pelo menos 80% do capital com direito a voto pertença a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social. Ademais, a administração de tais empresas deverá ser conferida exclusivamente a brasileiros. Por fim, o ingresso de capital estrangeiro, dentro do limite de 20% das ações com direito a voto, admitido pela legislação, depende de aprovação das autoridades aeronáuticas.

• Há restrições ao investimento estrangeiro na propriedade e administração de jornais, revistas e outras publicações, bem como de redes de rádio e televisão.

• Empresas brasileiras, ainda que sob controle estrangeiro, podem solicitar e obter permissão para operar no setor de mineração.

O REGIME CAMBIAL BRASILEIRO

O regime cambial consiste na forma de determinação da taxa de câmbio de um país. A escolha do regime cambial consiste em uma decisão de política econômica, e está relacionado com a determinação do mercado de câmbio no qual referida taxa será formada, por exemplo, se em um mercado de taxas oficiais ou em um mercado de taxas flutuantes.

No Brasil, historicamente, a definição do regime cambial brasileiro é realizada pelo governo por meio de medidas de controle cambial. O controle cambial brasileiro não é realizado apenas por meio da regulamentação cambial, mas também por regras fiscais, de comércio exterior, dentre outras, com o objetivo de estimular ou desestimular o ingresso de capital estrangeiro no Brasil ou os investimentos brasileiros no exterior.

Nesse contexto podem ser mencionadas as recentes alterações implementadas pelas autoridades fiscais brasileiras na legislação tributária com o objetivo de majorar as alíquotas dos impostos incidentes sobre capital estrangeiro que ingressar no Brasil, a fim de conter a crescente valorização do Real frente a outras moedas estrangeiras, tais como o Dólar.

Capítulo 4

4.1. O Controle Cambial

No Brasil, o controle cambial está intimamente relacionado com a regulamentação do fluxo internacional de capitais. Historicamente, a regulamentação do fluxo internacional de capitais apresenta barreiras para as remessas ao exterior, visando proteger a moeda nacional. Na década de 1930, após bruscas quedas nos preços dos produtos básicos que representavam parcela relevante das exportações nacionais, foram editadas as primeiras normas com o objetivo de estruturar o mercado de câmbio brasileiro.

Neste contexto, foram editadas regras para estabelecer a obrigatoriedade de ingresso dos recursos oriundos de exportações brasileiras no país, tais como o Decreto n.º 23.258/33, atualmente revogado, e o governo brasileiro passou a promover controle rigoroso sobre os exportadores de forma a evitar a manutenção de recursos destes no exterior. Esse controle cambial justificava-se porque, na época, as receitas de exportação representavam a principal fonte de recursos capaz de contribuir com o equilíbrio do balanço de pagamentos do país.

Apenas na década de 1960 foram editados os dois principais diplomas legais que tratam do capital estrangeiro e do controle cambial: a Lei n.º 4.131/62 e a Lei n.º 4.595/64.

A Lei n.º 4.131/62 apresenta importantes regras sobre a definição do capital estrangeiro, as modalidades de investimentos estrangeiros no Brasil e a necessidade do registro destes investimentos no Banco Central do Brasil (“Banco Central”).

A Lei n.º 4.595/64 apresenta as regras gerais sobre o sistema financeiro e cria o Conselho Monetário Nacional (“CMN”) e o Banco Central. A partir da edição desta Lei, o controle e a regulamentação do mercado de câmbio passaram a ser exercidos pelo CMN e pelo Banco Central. O CMN é responsável por elaborar a política cambial geral do Brasil e, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo CMN, os controles cambiais, regras que afetem o capital estrangeiro e a gestão das reservas internacionais brasileiras estão sob a jurisdição do Banco Central.

A Lei n.º 4.131/62 e a Lei n.º 4.595/64 alteraram o panorama legislativo do mercado de câmbio e dos investimentos estrangeiros no Brasil e permanecem em vigor, representando diplomas fundamentais para essa matéria.

4.2. O Regime Cambial e o Mercado de Câmbio Brasileiro

No Brasil, até 1988, o regime cambial em vigor era o regime de taxas oficiais, no qual referidas taxas eram fixadas pelo próprio governo, e não pela demanda do mercado. O mercado de câmbio, portanto, era o mercado de câmbio oficial, inteiramente regulado pelo Banco Central.

O regime de taxas oficiais era um reflexo das sucessivas crises cambiais enfrentadas pelo Brasil, as quais impuseram ao Governo brasileiro a necessidade de estabelecer limites e exigências burocráticas para a aquisição de moeda estrangeira.

Como consequência de um mercado "oficial" de câmbio e dos controles cambiais muito rígidos, houve o desenvolvimento de um mercado de câmbio denominado de "paralelo", o qual não estava previsto em qualquer regulamentação e tampouco era reconhecido pelas autoridades brasileiras. No mercado de câmbio "paralelo", a moeda estrangeira era negociada de forma ilegal, com taxas diferentes daquelas praticadas no mercado oficial de câmbio.

Em resposta ao crescimento do "mercado paralelo" de câmbio, em 1988, foi criado o mercado de câmbio de taxas flutuantes, popularmente conhecido como "câmbio turismo", por meio da Resolução CMN n.º 1.552/88, atualmente revogada. Esse mercado representava um mercado de câmbio apartado do mercado de câmbio oficial, no qual as moedas estrangeiras poderiam ser negociadas por preços e condições livremente pactuadas.

Dessa forma, o mercado de câmbio de taxas flutuantes caracterizava-se pela livre flutuação (ou variação) das taxas de câmbio, que obedeciam à oferta e demanda por moeda estrangeira. O mercado de câmbio de taxas flutuantes marcou o início da flexibilização do mercado de câmbio brasileiro.

Em 1990, o CMN estabeleceu o denominado mercado de câmbio de taxas livres, por meio da Resolução CMN n.º 1.690/90, atualmente revogada. O mercado de câmbio de taxas livres extinguiu o regime de câmbio de taxas oficiais e o regime cambial brasileiro passou a ser formado por um regime de taxas flutuantes, representado por um mercado de taxas flutuantes, e, por um regime de taxas livres, representado por um mercado de taxas livres.

O primeiro movimento normativo no sentido de unificar ambos os mercados ocorreu no início de 1999, quando o Banco Central editou normas com o objetivo de unificar as taxas de câmbio negociadas em ambos os mercados. O Comunicado n.º 6.565/99, editado pelo Banco Central, informou ao mercado que, a partir de 18 de janeiro de 1999, o Banco Central "*deixará que o mercado interbancário (...) defina a taxa de câmbio*", ressaltando, contudo, que o Banco Central "*poderá intervir nos mercados, ocasionalmente, com o objetivo de conter movimentos desordenados das taxas de câmbio*".

Dessa forma, a partir de 1999 o regime cambial de taxas flutuantes, com mínima intervenção estatal, tem sido adotado no Brasil.

4.2.1. Unificação dos Mercados de Câmbio Brasileiros

A partir da unificação dos mercados de câmbio, o Brazil tem testemunhado um significante desenvolvimento do seu sistema cambial, especialmente por meio da edição da Resolução n.º 3.265/05. Conforme vimos acima, as operações de câmbio no mercado brasileiro eram realizadas principalmente no mercado de câmbio de taxas livres – o mercado comercial, como era conhecido, e no mercado de taxas flutuantes. A Resolução n.º 3.265/05 uniu os dois mercados. Em complemento à unificação dos mercados comercial e de taxa flutuante, a nova regulamentação cambial ampliou a permissão para aquisição e venda de moeda estrangeira, bem como para a realização de investimento brasileiros no exterior, ambos em relação à pessoas físicas e jurídicas brasileiras, bem limitação de valor.

Por meio da Resolução n.º 3.265/05, o mercado comercial e o mercado de taxas flutuantes passaram a ser parte de um mesmo mercado de câmbio.

Como consequência dessa unificação, o livre acesso ao mercado de câmbio brasileiro tornou-se a regra geral. Referida resolução foi revogada pela Resolução CMN n.º 3.568/08, atualmente em vigor, a qual conservou a premissa do livre acesso ao mercado de câmbio e apresentou regras ainda mais flexíveis.

O livre acesso ao mercado de câmbio está previsto no artigo 8º e parágrafo primeiro da Resolução conforme seu artigo 8º, *in verbis*:

Art. 8º. As pessoas físicas e jurídicas podem comprar e vender moeda estrangeira ou realizar transferências internacionais em reais, de qualquer natureza, sem limitação

de valor, sendo contraparte na operação agente autorizado a operar no mercado de câmbio, observada a legalidade da transação, tendo como base a fundamentação econômica e as responsabilidades definidas na respectiva documentação.

Considerando a previsão da regulamentação acima mencionada, as pessoas físicas brasileiras não devem encontrar restrições para acessar o mercado de câmbio com a finalidade de remeter fundoS depositados no Brasil para o exterior, desde que a operação de câmbio seja realizada por um agente autorizado, i.e. uma instituição financeira autorizada a operar no mercado de câmbio pelo Banco Central ("Agente Autorizado") e também prevê que referida remessa de recursos deve ser realizada de acordo com os princípios estabelecidos no artigo 8º da Resolução CMN n.º 3.568/08: legalidade da transação, fundamentação econômica e análise das responsabilidades definidas na respectiva documentação.

Ainda, como resultado da Resolução CMN n.º 3.265/05, o Banco Central editou a Circular n.º 3.280/05, a qual introduziu o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais ("RMCCI"). O RMCCI, conforme alterado de tempos em tempos, é uma prática ferramente sobre a regulamentação cambial brasileira.

Portanto, o mercado de câmbio brasileiro é atualmente muito mais flexível do que no passado. Atualmente as operações de câmbio podem ser livremente realizadas, desde que os princípios acima mencionados sejam atendidos. Cumpre notar que algumas instituições e veículos de investimento, tais como instituições financeiras e fundos de investimento, ainda estão sujeito a regras cambiais específicas, as quais não serão analisadas neste capítulo por estarem fora do seu escopo.

4.3. Contas de Não Residente e Transferência Internacional em Reais

O RMCCI prevê que pessoas físicas ou jurídicas, residentes, domiciliadas ou com sede no exterior podem ser titulares de contas de depósito em Real no Brasil. Os titulares das contas em questão deverão ser cadastrados no Banco Central no momento da abertura da conta e a sua movimentação é realizada por meio de transferências unilaterais em Reais, às quais são aplicáveis, no que couber, as mesmas disposições aplicáveis para a celebração de operações de câmbio.

Dessa forma, as transferências internacionais em reais representam movimentações de contas-correntes em Reais, abertas e mantidas por não residentes em bancos no Brasil. A movimentação dessas contas está limitada a movimentações próprias de seus titulares ou para remessas referentes a ordens de pagamento.

TIPOS SOCIETÁRIOS

5.1. Aspectos Gerais

Encontram amparo no sistema jurídico brasileiro algumas formas de junção de esforços em que algumas delas conduzem os interessados à constituição de sociedade, dotadas de personalidade jurídica, enquanto outras não são dotadas de personalidade e assim, nem sempre conduzem à constituição de uma sociedade. Em relação a esta última espécie, destacam-se os consórcios ou outras formas de negócios jurídicos em que as partes não se desvinculam de sua personalidade individual. De outra parte as sociedades são constituídas mediante contrato escrito, particular ou público, no qual o desejo das partes contratantes pode levá-las à constituição de sociedades personificadas ou não personificadas. Dentre estas últimas encontram-se a sociedade em comum e a sociedade em conta de participação.

Com relação às sociedades personificadas, encontram-se previstas na legislação brasileira os seguintes tipos: sociedade simples, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada, sociedade anônima e sociedade em comandita por ações.

A lei confere personalidade jurídica a essas sociedades após o registro no competente registro público, considerando-as, assim entidades de

direito com patrimônios distintos daqueles de seus sócios e diversos limites de responsabilidade pelas obrigações sociais.

A legislação brasileira ainda contempla as associações, as fundações e as cooperativas, formas associativas estas que, seja por não visarem lucro a distribuir, seja pelas características particulares de sua constituição, seja ainda pelo seu objeto social, independente de apresentarem resultado positivo diferenciam-se das sociedades empresárias.

É importante ressaltar que, com exceção das sociedades anônimas, todos os demais tipos societários existentes na legislação brasileira podem indistintamente ter a natureza de sociedades simples ou de sociedades empresárias, o que deve, entretanto, ficar expresso em seu contrato social desde a sua constituição, devendo ser as sociedades simples registradas no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e as sociedades empresárias nas Juntas Comerciais.

5.1.1. Sociedade Anônima

A sociedade anônima ou companhia, caracterizada pelo artigo 1088 do Código Civil e regulada pela Lei nº 6.404, de 15/12/1976, (com atualização na redação de alguns artigos ou capítulos pelas Leis nº 9.457, de 05/06/1997, nº 10.303, de 31/10/2001, nº 11.638/2007, de 28 /12/ 2007 e nº 11.941/09, de 27/05/2009). É uma sociedade empresária por definição legal, com seu capital social representado por ações que circulam livremente. É, por excelência, uma sociedade de capital, na busca da realização de lucros a serem distribuídos aos seus acionistas, a título de dividendos ou mesmo sob a forma de juros sobre capital próprio.

A sociedade anônima é identificada por uma denominação, sendo que o nome escolhido deve ser precedido ou sucedido pela expressão "Sociedade Anônima", por extenso ou abreviadamente (S/A), ou, ainda, anteposto da palavra "Companhia" por extenso ou abreviado "Cia". Além disso, pode se empregar na denominação um nome próprio, do fundador ou de pessoa que se queira homenagear. A denominação pode indicar os fins sociais, ou o ramo explorado, mas tal indicação não é obrigatória.

Existem duas espécies de sociedades anônimas: a companhia aberta, que capta recursos junto ao público e está sob a fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários; e a companhia fechada que obtém seus recursos entre os próprios acionistas ou subscritores.

O capital social é representado por títulos denominados ações. Conforme a natureza dos direitos ou vantagens que confiram a seus titulares, as ações podem ser: ordinárias, preferenciais ou de fruição.

As ações ordinárias conferem ao seu titular além os direitos essenciais também o direito de voto enquanto as ações preferenciais conferindo ao seu titular vantagens especiais podem restringir ou suprimir o direito de voto. As ações de fruição resultam no direito de continuar quando da amortização, participando dos resultados sociais de ações ordinárias ou preferenciais, sem redução do capital.

Por meio de Acordos de Acionistas, estes podem se compor entre si a respeito da compra e venda de suas ações, preferência para sua aquisição, ou exercício do direito de voto. As obrigações neles assumidas são passíveis de execução específica e devem ser respeitadas pela Companhia.

A sociedade anônima poderá ser administrada por uma Diretoria e por um Conselho de Administração, ou só por uma Diretoria, conforme vier a determinar a lei, ou o Estatuto Social.

O Conselho de Administração é um órgão de deliberação colegiada, facultativo para as companhias fechadas e obrigatório para as companhias abertas, ou de capital autorizado, que deve ser composto por, no mínimo, 03 (três) membros, que devem ser acionistas pessoas físicas, podendo ou não ser residentes no País.

A Diretoria é o órgão executivo da sociedade anônima. A ela compete a representação da sociedade e a prática de todos os atos necessários ao seu funcionamento regular. Este órgão é composto de, no mínimo, 02 (dois) diretores, acionistas ou não, pessoas físicas necessariamente residentes no país, com um prazo de gestão máximo de 03 (três) anos.

Aos acionistas, faculta-se o exercício da fiscalização por meio do Conselho Fiscal.

O Conselho Fiscal tem por função precípua, a fiscalização das contas e da gestão sociais. O seu funcionamento poderá ser permanente ou eventual. A sua instalação se prende ao desejo da sociedade de estabelecer um controle mais rigoroso sobre os atos praticados pela administração. Quando instalado, o Conselho Fiscal

é composto de, no mínimo, 03 (três) e, no máximo, 05 (cinco) membros, com igual número de suplentes, acionistas ou não, eleitos pela Assembleia Geral. Em casos especiais poderá haver representações específicas para determinada espécie de acionistas.

5.1.2. Sociedade Limitada

A sociedade limitada está regulada pelos artigos 1052 a 1087 do Código Civil e subsidiariamente pela Lei de Sociedades Anônimas, e pode adotar a forma de sociedade simples ou sociedade empresária, conforme o objeto social, assim como,sua definição como sociedade empresária.

A sociedade limitada é constituída mediante um contrato social, e possui sócios de responsabilidade limitada, uma vez que cada sócio tem sua responsabilidade restrita ao valor de suas quotas. Entretanto, todos respondem solidariamente pela integralização do capital social, enquanto não completado.

A sociedade pelo Novo Código Civil passou a ter estrutura orgânica, sendo órgãos sociais a Reunião de Sócios, a Administração e o Conselho Fiscal todos fixados pelos sócios no próprio contrato social. A reunião de sócios (ou assembleia de sócios) é órgão de deliberação colegiada composto pelo quadro social, que deve se reunir sempre que a lei ou o contrato assim o exigir. A administração será exercida por uma ou mais pessoas, quotistas ou não, indicadas no contrato social ou eleitas pela reunião ou assembleia de quotistas, quando se estabelecerá o prazo, determinado ou não, do mandato.

O capital social é dividido em quotas sociais. A quota representa o contingente em moeda, créditos, direitos ou bens com os quais o sócio contribui para formação do capital da sociedade. As quotas são necessariamente nominativas e não se fazem representar por títulos de crédito. A titularidade das respectivas quotas sociais deve estar expressa no contrato social, de modo que qualquer alienação de ditas quotas sociais implicará automaticamente na modificação do contrato social. Nas reuniões ou assembleias de sócios, as deliberações de que redunde modificação do contrato social ou ato reorganizatório da pessoa da sociedade dependerá de votos favoráveis que representem 3/4 (três quartos), no mínimo, do capital social.

5.1.3. Regras Comuns às Sociedades Anônimas e às Sociedades Limitadas

As operações societárias de Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão podem ser formalizadas tanto pelas sociedades anônimas como pelas demais sociedades, estando reguladas pelos artigos 1.113 a 1.122 da Lei nº 10.406, de 1 0.1.2002 (Código Civil) além dos artigos 220 a 234 da lei especial nº 6.404, de 15.12.1976 (lei da S/A).

A Transformação é a operação mediante a qual a sociedade passa, independentemente de dissolução, de um tipo societário para outro, devendo observar nesta passagem forma correspondente àquela do novo tipo.

A Incorporação é a operação através da qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que as sucede em todos os direitos e obrigações.

A Fusão, por sua vez, é a operação pela qual duas ou mais sociedades se unem, visando à formação de uma sociedade nova, que sucede as anteriores em todos os direitos e obrigações, uma vez que são extintas .

A Cisão é a operação mediante a qual a sociedade transfere parcelas ou a totalidade do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, formadas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se, por sua vez, a sociedade cindida, caso haja versão total de seu patrimônio, ou reduzindo-se o seu capital, caso haja versão parcial de seu patrimônio.

5.1.4. Outros Tipos Societários e Formas Associativas

Devido a ilimitação total ou parcial de responsabilidade de que se revestem, os demais tipos societários existentes são de rara utilização, mas podem tornar-se interessantes sob determinadas circunstâncias negociais. Assim, faremos algumas considerações a respeito daqueles tipos societários, que por vezes são adotados.

5.1.5. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI

A mais nova forma societária, instituída em 11 de julho de 2011 pela Lei nº 12.441 é a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI.

A Lei, que inseriu o artigo 980-A e o parágrafo único do artigo 1.033, ambos do Código Civil de 2002, prevê a constituição de uma Sociedade Limitada onde uma única pessoa é titular da totalidade das quotas do capital social, necessariamente integralizado em montante não inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. Aplicam-se à "empresa individual de responsabilidade limitada", no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas

5.1.6. Sociedade em Comandita simples, ou por ações

As sociedades em comandita, têm duas categorias de sócios, os de responsabilidade ilimitada, a quem competem os atos de administração e representação social, que são denominados comanditados e os comandatários que tem a responsabilidade de ser obrigados somente pelo valor se seu quinhão de participação, representado por quotas sociais, na sociedade em comandita simples e, por ações na sociedade em comandita por ações.

Nas sociedades em comandita simples, a participação dos sócios comanditados é também representada por quotas sociais, mas, em relação à sua responsabilidade, aplicam-se as normas da sociedade em nome coletivo, portanto ilimitada e solidária.

> **5.1.6.1.** A sociedade em comandita por ações rege-se pelos artigos 1090/1092 do Código Civil e por um capítulo especial da Lei de sociedade por ações (artigos 280/284) e tem, para ambos os tipo de sócios, a sua respectiva participação representada por ações.

5.1.7. Sociedade em Nome Coletivo

Este tipo societário caracteriza-se pela responsabilidade ilimitada e solidária de todos os sócios que compõem a sociedade.

Sendo assim, só existe uma categoria de sócios: os sócios solidários. Embora solidários entre si, tais sócios respondem pelas obrigações sociais, de forma subsidiária. Dessa forma, os seus bens não podem ser executados, a não ser depois de esgotados os bens da sociedade.

A administração social cabe a todos os sócios, desde que não haja no instrumento do contrato, designação específica do sócio que irá exercê-la. Em existindo, este terá o direito de utilizar privativamente a firma ou a razão social.

O nome empresarial da sociedade em nome coletivo é dotado de firma ou razão social composta pelo nome de um, alguns ou todos os sócios, acrescentando-se a estes a expressão “& Cia” quando não houver referência expressa aos nomes de todos os sócios.

5.1.8. Sociedade em Conta de Participação

A sociedade em conta de participação é composta por duas categorias de sócios, sendo uma delas, o sócio ostensivo e outro sócio participante, sendo que a sociedade em conta de participação é uma sociedade não-personificada, ou seja, não adquire personalidade jurídica mesmo que registrada em algum Registro Público.

Como a conta de participação tem por objeto determinado empreendimento, a duração da sociedade se dá por um período de tempo determinado ou determinável, visando ao atendimento das operações mercantis que compõem o seu objeto.

Além do sócio ostensivo, há a categoria formada pelos sócios participantes, que contribuem para com o capital ou outro aporte necessário ao empreendimento, obrigando-se exclusivamente perante o sócio ostensivo, nos termos do respectivo contrato social, e desse tornando-se credores na forma do contrato. Em caso de quebra de sócio ostensivo, os sócios participantes tornam-se seus credores quirografários.

A constituição de uma sociedade em conta de participação não está sujeita a maiores formalidades além do contrato social, podendo ademais ser provada por todos os meios de prova admitidos na legislação brasileira. É, portanto, uma sociedade que existe apenas entre os sócios e não perante terceiros, uma vez que estes tratam exclusivamente com o sócio ostensivo, que responde perante eles, com efeitos de sua estrutura.

A administração da sociedade em conta de participação cabe exclusivamente ao sócio ostensivo, pois é dele a responsabilidade pelos negócios da sociedade, cabendo-lhe em seu encerramento, ou na periodicidade contratual, prestar contas aos sócios participantes.

5.1.9. Consórcio

No sentido etimológico da palavra, o consórcio significa união, combinação, associação. Mas no sentido que lhe empresta a legislação sobre sociedades anô-

nimas, o consórcio é uma modalidade de aglutinação de empresas com o objetivo de desenvolver determinado empreendimento, sem lhes retirar a personalidade jurídica.

O consórcio se configura com um contrato entre duas ou mais sociedades, não perdendo as consorciadas, sua própria autonomia. Conservam as sociedades então a sua personalidade jurídica, conjugando seus esforços para obtenção de certos objetivos.

Embora se baseie esse tipo de aglutinação em um contrato, ela não se reveste de personalidade jurídica, razão pela qual as empresas que formam o consórcio somente se obrigam nas condições previstas no respectivo pacto firmado entre elas, respondendo cada qual por suas obrigações, sem a presunção de solidariedade, respeitada uma única exceção residindo nos efeitos da relação de emprego, conforme CLT.

O contrato de consórcio deverá ser aprovado pelas companhias signatárias em assembleia geral, em se tratando de sociedades anônimas, ou dos respectivos órgãos competentes, se as sociedades signatárias não forem sociedades anônimas.

Do contrato a ser firmado pelas sociedades constarão os seguintes tópicos:

- Designação do consórcio, no caso de haver designação;
- O empreendimento que será objeto do consórcio;
- A duração, endereço e o foro;
- A definição de obrigações e responsabilidades das participantes, assim como das prestações específicas;
- As normas de recebimento de receitas e partilhas dos resultados;
- As normas de administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e a taxa de administração, no caso de haver taxa;
- A forma de deliberação dos assuntos de interesse comum, bem como o número de votos que caberá a cada um dos consorciados;
- A contribuição que cada consorciado fará para as despesas comuns, se houver.

O contrato e, eventualmente, suas posteriores alterações deverão ser arquivados perante a Junta Comercial do local de sua sede, devendo a certidão de referido arquivamento ser publicada no órgão oficial da União ou do Estado, e igualmente em outro jornal de grande circulação.

5.2. Procedimento para Registro

Existem no Brasil dois tipos de registros públicos de sociedades: a) o Registro de Empresas – destinado ao arquivamento dos atos das sociedades empresárias (além da inscrição dos empresários individuais e da matrícula dos prepostos dos empresários e demais agentes auxiliares), efetuado pelas Juntas Comerciais, que são órgãos de jurisdição estadual; e, b) o registro civil, destinado aos atos das sociedades simples, é efetuado pelos cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas, que são órgãos de jurisdição nas comarcas a que pertencerem, por força de sua sede e foro.

5.2.1. O Registro de Empresas

O Registro de Empresas, que tem como órgãos executores as Juntas Comerciais (uma por unidade da Federação) é de caráter obrigatório para todos aqueles que exercem atividades consideradas empresariais (empresários e sociedades empresárias), e que, assim, tenham o exercício profissional das atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços, exercidas mediante a organização dos meios de produção, característica da empresa.

Além das Sociedades Anônimas que o são por força de lei, também as seguintes sociedades: a) Sociedade em Nome Coletivo, b) Sociedade em Comandita Simples ou por ações e c) Sociedade Limitada serão empresárias, desde que o seu objeto social contenha atividades consideradas empresariais (atividades econômicas de produção ou circulação de bens ou serviços realizadas mediante organização característica de empresa) e, dessa forma, deverão obrigatoriamente arquivar seus atos societários na respectiva Junta Comercial do Estado em que tiverem a sua sede e foro, assim como naquelas juntas dos Estados em que vierem a abrir filiais.

Sendo assim, o tipo societário escolhido para a sociedade, a enunciação clara e precisa de seu objeto social e a caracterização de sua condição de empresaria, nortearão os interessados aos respectivos registros perante a Junta Comercial ou o Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

O pedido de arquivamento dos atos constitutivos das sociedades anônimas será instruído, obrigatoriamente, com os seguintes documentos:

- Escritura Pública ou Ata de Assembleia Geral de Constituição, contendo a qualificação completa dos subscritores e evidência de subscrição de todo o capital social;
- Apresentação de comprovante de depósito bancário efetuado no Banco do Brasil, em valor equivalente a, no mínimo, 10% (dez por cento) do valor do capital social subscrito, para pagamento em dinheiro;
- Estatuto Social assinado por todos os subscritores;
- Boletim de Subscrição do capital social assinado pelos subscritores originais ou pelos membros da mesa dirigente da assembleia, mencionando nome por extenso, nacionalidade, estado civil, profissão, residência e domicílio, número de ações subscritas e o total da entrada;
- Procuração outorgada por acionista residente ou sediado no exterior, assinada perante notário público no país de origem, legalizada em Consulado Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos.
- Prova da existência do acionista residente no exterior;
- Cópia autenticada dos documentos de identidade dos Diretores e Conselheiros eleitos;
- Formulários devidamente preenchidos com os dados da empresa e de seus acionistas, assim como a apresentação das guias de recolhimento das taxas devidas para o arquivamento.

O arquivamento dos instrumentos de constituição e posteriores alterações das demais sociedades empresárias deverão, da mesma forma, ser apresentados à Junta Comercial do Estado onde se localiza a sede da respectiva sociedade, através de requerimento datado e assinado por qualquer dos sócios, por procuradores ou pessoa legalmente habilitada.

Em geral, o pedido de arquivamento à Junta Comercial dos atos constitutivos das demais sociedades empresárias serão instruídos com os seguintes documentos:

- Três vias originais do contrato social rubricadas e assinadas por todos os sócios e duas testemunhas;
- Traslado ou certidão, quando o contrato social houver sido celebrado por instrumento público;
- Cópias autenticadas dos documentos de identidade dos sócios;
- Procuração outorgada por sócio residente ou sediado no exterior, assinada perante notário público no respectivo país de origem, legalizada perante Consula-

do Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada em Cartório de Registro de Títulos e Documentos;
- Prova da existência do sócio domiciliado ou com sede no exterior;
- Declaração pessoal de desimpedimento ao exercício da atividade empresarial, assinada por cada sócio ou administrador da sociedade, que poderá ser feita no próprio contrato social ou em instrumento em separado.
- Formulários devidamente preenchidos com os dados da sociedade e de seus sócios, assim como a apresentação das guias de recolhimento das taxas devidas para o arquivamento.

5.2.2. O Registro Civil de Pessoas Jurídicas

A sociedade simples, assim entendida como sendo aquela que não adota a forma de sociedade anônima ou que adotando outros tipos não tem por objeto atividades privativas de empresário, deve registrar seus atos constitutivos em Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Para o registro do respectivo ato constitutivo, a sociedade simples, deve apresentar requerimento ao cartório, ao qual serão anexados os seguintes documentos:

- O ato constitutivo ou respectivas alterações do contrato social, devidamente assinados pelos seus sócios;
- cópias autenticadas dos documentos de identidades dos sócios;
- procuração outorgada por sócio residente no exterior, assinada perante notário público no país de origem, devidamente legalizada em Consulado Brasileiro, traduzida por tradutor público juramentado no Brasil e registrada perante Cartório de Registro de Títulos e Documentos no Brasil.

Os contratos sociais de constituição das sociedades simples somente poderão ser arquivados nos Cartórios de Registro Civil das Pessoas Jurídicas se estiverem devidamente vistados por um advogado.

COMPANHIAS ABERTAS

6.1. Generalidades

A Lei nº 6.404/76, também conhecida como Lei de Sociedades por Ações distingue dois tipos de companhias: (i) as companhias fechadas e (ii) as companhias abertas. As companhias abertas têm seus valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, sendo-lhes permitido captar recursos junto ao público investidor

Em razão da possibilidade de captar recursos junto ao público investidor, as companhias abertas são submetidas a uma série de obrigações específicas, impostas por lei e dispositivos regulamentares, expedidos, principalmente, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A CVM é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei nº 6.385/76, tendo por objetivo a normatização, a regulamentação, o desenvolvimento, o controle e a fiscalização do mercado de valores mobiliários no Brasil. Após as alterações inseridas pela Lei 10.303/01, as atribuições da CVM passaram a incidir também sobre as Bolsas de Mercadorias e Futuros, as entidades do mercado de balcão organizado e as entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. A CVM é uma en-

tidade autárquica que opera em regime especial, pois, apesar de sua vinculação ao Ministério da Fazenda, possui autoridade administrativa independente, não sendo hierarquicamente subordinada a qualquer outro ente, além de ser dotada de autonomia financeira e orçamentária, e de dirigentes com mandato fixo e estabilidade.

Uma das finalidades da CVM é a proteção ao investidor que, através de diversos mecanismos de controle e fiscalização, tem como objetivo estimular a aplicação de poupança no mercado acionário e financeiro.

Assim, enquanto as companhias fechadas têm grande liberdade para estabelecer suas regras de funcionamento da forma que melhor atenda aos interesses de seus acionistas, as companhias abertas, uma vez que podem captar recursos junto aos investidores em geral, submetem-se a determinadas restrições, gozando de menor flexibilidade para a elaboração de regras próprias de funcionamento.

As companhias abertas podem obter o registro na CVM para a negociação de valores mobiliários em bolsa de valores ou mercado de balcão, além de cumprir com os requisitos de registro nessas instituições, conforme o caso.

Adicionalmente, cumpre mencionar que apenas as companhias abertas poderão emitir recibos de depósitos (DRs), isto é, certificados representativos de suas ações para negociação no mercado externo, possibilitando a captação de recursos de investidores estrangeiros, diretamente em seus mercados de origem.

Nos últimos anos, a Lei de Sociedades por Ações foi objeto de uma série de pequenas reformas societárias, fiscais e contábeis. A Lei nº 11.638/07 e a Lei nº 11.941/09 alteraram a Lei de Sociedades por Ações para adotar novos critérios contábeis de avaliação de ativos e passivos e de reconhecimento de custos, despesas e receitas, com o objetivo de permitir a convergência das normas contábeis brasileiras aos padrões internacionais de contabilidade. Além disso, as referidas leis conferiram à CVM maior autonomia com relação às normas contábeis, atribuindo à Autarquia a responsabilidade de expedir normas contábeis, as quais são obrigatórias para as companhias abertas e opcionais para as companhias fechadas.

A Lei de Sociedades por Ações foi, ainda, alterada recentemente pela Lei nº 12.431/11. Dentre as alterações promovidas pela Lei nº 12.431/11 pode-se destacar (i) a possibilidade de participação dos acionistas em assembleias gerais à distância;

(ii) a flexibilização do regime de emissão de debêntures; e (iii) o fim da exigência de que os membros do conselho de administração das companhias sejam acionistas das companhias.

6.2. Mercado de Valores Mobiliários

O denominado Mercado de Valores Mobiliários é o segmento do sistema financeiro brasileiro que engloba, entre outras, as diversas operações com os valores mobiliários de emissão das companhias abertas, como as ações, as debêntures, os bônus de subscrição e as notas promissórias para distribuição pública. Além desses valores mobiliários, a Lei nº 6.385/76 relaciona todos os valores mobiliários que se encontram inseridos no Mercado de Valores Mobiliários e que se encontram sujeitos à supervisão da CVM.

As operações envolvendo os valores mobiliários de emissão das companhias abertas podem ser realizadas nas bolsas de valores ou nos mercados de balcão (organizado ou não), sendo a CVM o principal órgão regulador.

As bolsas de valores, regulamentadas pela Resolução nº 2.690/00 do Conselho Monetário Nacional, podem ser constituídas sob a forma de associações civis ou sociedades anônimas e, dentre outras obrigações, devem manter um local ou sistema adequado para a realização de operações de compra e venda de títulos e/ou valores mobiliários, em mercado livre e aberto, especialmente organizado e fiscalizado pela própria bolsa, sociedades membros e pelas autoridades competentes.

O mercado de balcão organizado, por sua vez, consiste em sistema de negociação de títulos e valores mobiliários, através do qual são negociados valores mobiliários de companhias abertas que não têm registro em bolsas de valores. O sistema de negociação é mantido por entidade auto-reguladora, encarregada de supervisionar e fiscalizar os participantes do mercado e as operações realizadas. O registro de ativos para negociação em balcão organizado é mais simples do que o registro para bolsa de valores e, na prática, as ações negociadas em mercado de balcão organizado apresentam menor liquidez quando comparadas àquelas negociadas em bolsas de valores.

Quando não estiverem registradas em bolsas de valores ou mercado de balcão organizado, as companhias abertas podem ter suas ações negociadas no chamado

mercado de balcão não organizado, que consiste nas operações realizadas diretamente entre as corretoras de valores mobiliários, sem a supervisão de uma entidade auto-reguladora.

6.3. Administração

As companhias abertas têm, obrigatoriamente, estrutura dúplice de administração, composta pela diretoria e pelo conselho de administração, diferentemente do que ocorre com as companhias fechadas, nas quais a adoção de conselho de administração é, em regra, facultativa.

O conselho de administração, com funções deliberativas, de supervisão e de ordenação interna, deverá ser constituído por, no mínimo, três membros, eleitos pela assembleia geral ordinária da companhia, acionistas ou não, os quais poderão ser residentes no exterior, sendo que estes deverão, obrigatoriamente, constituir um representante residente no País, para receber citações em ações contra ele propostas com base na legislação societária. Como mencionado acima, a partir da edição da Lei nº 12.431/11 foi eliminado o requisito até então existente que obrigava que os membros do conselho de administração fossem acionistas da companhia. Contudo, ainda é comum observar que muitos estatutos sociais, ao repetir a redação da lei até então vigente, continuam exigindo que os conselheiros sejam acionistas.

A Lei de Sociedades por Ações confere aos titulares de ações de emissão de companhia aberta com direito a voto, representativas de, no mínimo, 15% do total das ações com direito a voto, o direito de eleger e destituir um membro do conselho de administração (e seu suplente), mediante votação em separado na assembleia geral ordinária.

Outra forma de votação em separado garantida pela Lei de Sociedades por Ações estabelece que os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhia aberta, representativas de, pelo menos, 10% do capital social, terão o direito de eleger e destituir um membro do conselho de administração (e seu suplente), desde que não tenham exercido direito previsto no estatuto social da companhia de eleger membro do conselho de administração. Em ambos os casos, para que seja exercido o direito de votação em separado, os minoritários devem comprovar a titularidade ininterrupta das participações societárias exigidas por um período mínimo de três meses imediatamente anteriores à realização da assembleia geral para eleição dos conselheiros.

Por fim, na hipótese de os titulares de ações com direito a voto e os titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito não perfazerem os percentuais exigidos nos casos acima, será admitido que estes acionistas em conjunto (desde que representem, no mínimo, 10% do capital social da companhia) elejam um membro do conselho de administração (e seu suplente).

A diretoria é o órgão executivo das companhias, competente para a gestão interna dos negócios e representação, privativa, da companhia. A diretoria da companhia aberta deverá ser composta de no mínimo 2 (dois) membros, eleitos pelo conselho de administração, ou pela assembleia geral. Os diretores devem ser residentes no Brasil, não sendo a condição de acionista obrigatória, e poderão ser membros do conselho de administração, até o máximo de um terço da composição desse órgão.

Para que as companhias abertas possam negociar seus valores mobiliários no mercado de balcão e/ou em bolsas de valores, além da obrigatoriedade da existência de um conselho de administração, a companhia deverá atribuir a um diretor a função de diretor de relações com investidores, o qual será o responsável pela prestação de informações ao público investidor, à CVM e, caso a companhia tenha registro em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado, a estas entidades, bem como a manter atualizado o registro de companhia, conforme determina a Instrução CVM nº 480/09.

Além dos órgãos mencionados, as companhias deverão constituir um conselho fiscal, que é um órgão de assessoramento da assembleia geral nos assuntos relacionados à regularidade da administração da companhia. O conselho fiscal é um instrumento para a fiscalização, pelos acionistas, da gestão da sociedade. O conselho fiscal poderá funcionar permanentemente ou somente quando for solicitada sua instalação pelos acionistas.

6.4. Informações Periódicas e Demais Informações

As companhias abertas estão sujeitas à obrigatoriedade de divulgação e/ou comunicação de diversas informações relativas aos seus negócios.

Em 1º de janeiro de 2010 entrou em vigor a Instrução CVM nº 480/09, que substituiu a Instrução CVM nº 202/93 e estabeleceu as regras para o registro de emissores de valores mobiliários admitidos à negociação em mercados regulamentados e o regime informacional a que estão sujeitos.

Com a nova norma, as informações referentes ao emissor foram reunidas em um único documento a ser atualizado regularmente, o Formulário de Referência, que substituiu o antigo Formulário de Informações Anuais – IAN. Dessa forma, ao realizar uma oferta pública de distribuição de valores mobiliários, o emissor pode elaborar somente um documento suplementar que contém informações sobre o valor mobiliário ofertado e as características e condições da oferta. O conjunto desses dois documentos deverá fornecer ao investidor as informações sobre a emissora que normalmente constam de um prospecto convencional.

A Instrução CVM nº 480/09 dividiu os emissores de valores mobiliários de acordo com os tipos de valores mobiliários admitidos à negociação. Os emissores registrados na chamada “categoria A” são autorizados a negociar quaisquer valores mobiliários em mercados regulamentados e os registrados na “categoria B” estão somente autorizados a negociar em mercados regulamentados valores mobiliários que não sejam ações, certificado de depósito de ações ou valores mobiliários que se convertam ou confiram o direito de adquirir ações ou certificados de depósito de ações. A principal diferença que se nota entre as duas categorias de emissores mencionadas acima, encontra-se na quantidade de informações exigidas pela CVM, para cada tipo de emissor, a serem divulgadas aos acionistas e ao mercado.

Uma vez concedido o registro de companhia aberta, a sociedade que obtiver este registro deverá prestar informações periódicas e eventuais à CVM, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na internet (Instrução CVM nº 480/09).

As principais informações periódicas, que deverão ser prestadas nos prazos e na forma estabelecidos na regulamentação pertinente, consistem em:

- formulário cadastral
- formulário de referência;
- demonstrações financeiras;
- formulário de demonstrações financeiras padronizadas – DFP;
- edital de convocação da assembleia geral ordinária;
- todos os documentos necessários ao exercício do direito de voto nas assembleias gerais ordinárias;
- sumário das decisões tomadas na assembleia geral ordinária;
- ata da assembleia geral ordinária; e
- formulário de Informações Trimestrais – ITR.

Além das informações mencionadas acima, os emissores registrados na categoria A, também deverão prestar, dentre outras, as seguintes informações eventuais, na forma e nos prazos estabelecidos na regulamentação aplicável:

(i) editais de convocação de assembleias gerais extraordinárias, especiais e de debenturistas;
(ii) ata da assembleia geral extraordinária, especial e de debenturistas;
(iii) atas de reuniões do conselho de administração, desde que contenham deliberações destinadas a produzir efeitos perante terceiros;
(iv) atas de reuniões do conselho fiscal, que aprovaram pareceres;
(v) laudos de avaliação exigidos pelo art. 4º, § 4º; art. 4º – A; art. 8º, § 1º; art. 45, § 1º; art. 227, §1º; art. 228, § 1º; art. 229, § 2º; art. 252, § 1º; art. 256, § 1º; e art. 264, § 1º, da Lei de Sociedades por Ações e pela regulamentação emitida pela CVM;
(vi) acordos de acionistas;
(vii) comunicação sobre ato ou fato relevante;
(viii) política de negociação de ações;
(ix) escritura de emissão de debêntures; e
(x) outras informações solicitadas pela CVM.

Os itens (i), (ii), (viii), (xii), (xvi), (xvii), (xviii) e (xx) a (xxviii) são também aplicáveis aos emissores registrados na categoria B.

Ao mesmo tempo em que a CVM editou a Instrução CVM nº 480/09 que, como já se disse acima, detalhou as informações a serem prestadas pelos emissores de valores mobiliários, editou também a Instrução CVM nº 481/09, a qual alargou ainda mais a quantidade e qualidade de informações de divulgação obrigatória pelas companhias abertas, conferindo ao investidor mais elementos para instruir seu direito de voto nas assembleias gerais.

Nesse sentido, por meio da Instrução CVM nº 481/09, a CVM passou a exigir que as companhias abertas, quando da convocação de assembleias gerais, divulguem informações detalhadas sobre as matérias a serem deliberadas na assembleia geral em questão, informações essas que se encontram expressas na referida Instrução e variam de acordo com a matéria a ser deliberada na assembleia, como, por exemplo, informações relativas a aumento e redução de capital, emissão de debêntures, aquisição de controle e direito de recesso.

No que se refere à divulgação dos chamados "fatos relevantes" mencionados acima, a Instrução CVM nº 358/02 define como relevante todo ato ou fato relacionado aos negócios da companhia (incluindo qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos da administração da companhia) que possa influenciar (i) na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia; ou (ii) na decisão dos investidores em negociar com aqueles valores mobiliários ou em mantê-los; ou (iii) na determinação de os investidores exercerem quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia.

Alguns exemplos de ato ou fato potencialmente relevantes são indicados pela própria Instrução CVM nº 358/02:

- mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas;
- celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha sido averbado no livro próprio da companhia;
- autorização para negociação dos valores mobiliários de emissão da companhia em qualquer mercado, nacional ou estrangeiro;
- decisão de promover o cancelamento de registro da companhia aberta;
- incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas;
- transformação ou dissolução da companhia;
- renegociação de dívidas;
- aprovação de plano de outorga de opção de compra de ações;
- alteração nos direitos e vantagens dos valores mobiliários emitidos pela companhia;
- desdobramento ou grupamento de ações ou atribuição de bonificação;
- celebração ou extinção de contrato, ou o insucesso na sua realização, quando a expectativa de concretização for de conhecimento público;
- modificação de projeções divulgadas pela companhia;
- impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia.

Sempre que entender necessário, a CVM poderá determinar que se faça a divulgação, correção, aditamento ou republicação de informações sobre ato ou fato relevante referente à companhia aberta.

Da mesma forma, tanto a CVM quanto a bolsa de valores ou a entidade do mercado de balcão organizado em que os valores mobiliários de emissão da companhia sejam admitidos à negociação podem requerer que o diretor de relações com os investidores forneça esclarecimentos adicionais à comunicação e/ou à divulgação de ato ou fato relevante.

Em alguns casos, excepcionalmente, as informações periódicas ou eventuais, inclusive os atos ou fatos relevantes, podem deixar de ser divulgados se os acionistas controladores ou os administradores da companhia concluírem que sua revelação colocará em risco interesse legítimo da companhia, mas, desde que a respectiva informação não tenha escapado ao controle ou tenha sido verificada oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referentes. Nestes casos, a companhia deve apresentar à CVM as razões que a levaram a considerar que a revelação coloca em risco interesse legítimo da companhia.

A CVM deverá, ainda, estar sempre informada a respeito dos dados cadastrais da companhia e de qualquer modificação havida nos mesmos.

Tais informações, além de apresentadas à CVM, devem permanecer à disposição dos titulares dos valores mobiliários, no departamento de acionistas da companhia, e serão colocadas pela CVM à disposição do público, ressalvadas aquelas classificadas como confidenciais pela companhia.

Outro ponto que merece especial atenção consiste no fato de que, as publicações de informações exigidas das companhias abertas, deverão ser realizadas sempre no órgão oficial da União ou do Estado ou do Distrito Federal, conforme o lugar em que esteja situada a companhia e em jornal de grande circulação, editado na localidade em que está situada a sede da companhia. Para todas as publicações, a companhia deverá utilizar sempre o mesmo jornal, devendo qualquer mudança no jornal de publicação ser precedida de aviso aos acionistas no extrato da assembleia geral ordinária.

6.5. Oferta Pública para Aquisição de Ações – OPA

As companhias abertas estão também obrigadas a realizarem Oferta Pública para Aquisição de Ações (OPA), nos termos do disposto pela Lei de Sociedades por

Ações e normas da CVM, nos seguintes casos:

(i) OPA para cancelamento do registro para negociação de ações em mercados regulamentados de valores mobiliários, a qual será formulada pelo acionista controlador ou pela própria companhia, tendo por objetivo adquirir todas as ações de emissão da companhia com vistas ao cancelamento do registro de companhia aberta (art. 4º, §4º, da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02);

(ii) OPA por aumento de participação, a qual deverá ser realizada em consequência de aumento da participação do acionista controlador no capital social, à porcentagem que, de acordo com as normas da CVM, impeça a liquidez de mercado das ações remanescentes, tendo por objetivo adquirir todas as ações de emissão da companhia, que sejam da classe ou espécie afetadas (art. 4º, §6º, da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02); e

(iii) OPA por alienação de controle, a qual constitui condição de eficácia de negócio jurídico de alienação, direta ou indireta, de controle de companhia aberta, sendo formulada pelo adquirente do controle, tendo por objetivo todas as ações de emissão da companhia com pleno e permanente direito de voto (art. 254-A da Lei de Sociedades por Ações e Instrução CVM nº 361/02)

A OPA, em regra, deve ser dirigida indistintamente aos titulares de ações da mesma espécie e classe daquelas que são objeto da oferta, operacionalizando-se por meio de instrumento publicado, sob a forma de edital, pelo menos uma vez, nos jornais de grande circulação habitualmente utilizados pela companhia.

Na hipótese de, ao final do procedimento de OPA para fechamento de capital, remanescerem em circulação no mercado menos de 5% (cinco por cento) do total das ações emitidas pela companhia, a assembleia geral poderá deliberar o resgate dessas ações, retirando-as definitivamente de circulação, pelo mesmo valor estabelecido na OPA.

A OPA deve ser obrigatoriamente realizada em leilão na bolsa de valores ou no mercado de balcão organizado em que as ações objeto da OPA sejam admitidas à negociação, ou, caso não sejam, em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado, à livre escolha do ofertante.

No final do ano de 2010 a Instrução CVM nº 361/02, que regula o regime das ofertas públicas de aquisição de ações foi alterada pela Instrução CVM nº 487/10. Segundo a CVM, as mudanças da nova instrução foram motivadas, principalmente, pela necessidade de adaptação das regras de OPA a um cenário em que as ofertas públicas para aquisição do controle de companhias abertas tendem a se tornar mais presentes. Além disso, as alterações também tiveram por objetivo atualizar a Instrução CVM nº 361/02 como um todo tendo em vista a experiência acumulada pela CVM em ofertas públicas para aquisição de ações, desde a edição da Instrução CVM nº 361/02, em 2002.

Dentre as inovações trazidas pela norma, destacam-se:

(i) detalhamento do dever de sigilo a que se sujeita o ofertante antes da oferta e dos procedimentos que ele deve observar caso a informação sobre o lançamento da oferta escape ao seu controle;

(ii) detalhamento das regras OPA para aquisição de controle, com a vedação (a) de interferência de terceiros por lote inferior ao visado pelo ofertante; e (b) de elevação de preço no leilão pelo ofertante caso tenha sido lançada uma oferta concorrente; além do aumento substancial na quantidade e qualidade de informações a serem divulgadas, nessa espécie de OPA tanto pelo ofertante, quanto pela companhia objeto, seus administradores e principais acionistas, sobretudo quanto a negócios por eles realizados envolvendo ações e derivativos durante o período da OPA; e

(iii) aperfeiçoamentos nas regras que regem os laudos que devem ser contratados pelo ofertante em algumas modalidades de OPA, acerca do trabalho esperado e da responsabilidade dos avaliadores.

6.6. Ofertas Públicas de Distribuição Primárias e Secundárias

As companhias abertas estão autorizadas a realizar ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários nos mercados primário e secundário, desde que obedecidos os requisitos estabelecidos na legislação vigente, especialmente na Instrução CVM nº 400/03.

A oferta será primária quando a própria companhia emissora for a ofertante dos valores mobiliários a serem distribuídos publicamente, como forma de captar recursos junto aos investidores, ou secundária, quando a oferta for realizada por um

ou mais acionistas da emissora, como forma de alienar, total ou parcialmente, sua participação no capital social ou seu crédito perante a companhia (de acordo com a espécie de valores mobiliários ofertados). É comum, ainda, que a ocorrência de ofertas primária e secundária concomitantemente.

Toda oferta pública de distribuição no território brasileiro deverá ser previamente submetida a registro na CVM, observando, para tanto, os requisitos previstos na Instrução CVM nº 400/03, dentre os quais merece especial atenção a apresentação de Prospecto, que deve conter informações sobre a oferta, os valores mobiliários ofertados e os direitos que lhes são inerentes, sobre a companhia emissora e sua situação patrimonial, econômica e financeira. O prospecto deve conter informações de forma completa, precisa, verdadeira, atual, clara, objetiva e necessária, em linguagem acessível, de modo que os investidores possam formar criteriosamente a sua decisão de investimento.

A utilização de material publicitário na oferta dependerá de prévia aprovação da CVM, sendo expressamente vedada a apresentação aos potenciais investidores, em qualquer hipótese, de informações diversas ou inconsistentes com as constantes do Prospecto.

Considerando as características específicas da oferta, a CVM poderá, em determinadas situações, dispensar o registro da oferta ou alguns de seus requisitos, inclusive publicações, prazos e procedimentos previstos na regulamentação em vigor, tal como a oferta de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos, prevista na Instrução CVM nº 476/09.

A legislação prevê, ainda, o arquivamento na CVM – apenas por companhias abertas que já tenham efetuado previamente oferta pública de distribuição – de Programas de Distribuição de Valores Mobiliários, como forma de facilitar a análise e concessão do registro em caso de futuras ofertas públicas de distribuição dos referidos valores mobiliários.

É necessário, para a realização da oferta, que o ofertante contrate uma instituição intermediária, que será responsável pela colocação pública dos valores mobiliários. O ofertante poderá outorgar à instituição intermediária a opção de distribuição de lote suplementar, de forma que, caso a procura pelos valores mobiliários a serem distribuídos ao público seja superior àquela esperada, possa ser aumentada sua quantidade, a critério da instituição intermediária, nas mesmas condições e preço

dos valores mobiliários inicialmente ofertados. O Prospecto deverá conter o limite para o exercício dessa opção, que não poderá ultrapassar a 15% (quinze por cento) da quantidade de valores mobiliários inicialmente ofertada.

Adicionalmente, é possível que o montante de valores mobiliários a serem distribuídos seja aumentado, a critério do ofertante e sem a necessidade de novo pedido de registro ou de modificação dos termos da oferta, em até 20% (vinte por cento) da quantidade inicialmente prevista.

A CVM poderá suspender (pelo prazo máximo de 30 dias) ou cancelar, a qualquer tempo, a oferta que esteja sendo processada em condições diversas das previstas na legislação vigente ou no registro, ou, ainda, que seja considerada ilegal, contrária à regulamentação da CVM ou fraudulenta, mesmo após a obtenção do registro.

6.7. Segmentos Diferenciados de Listagem na BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros ("BM&FBOVESPA")

A BM&FBOVESPA define como "Níveis Diferenciados de Governança Corporativa" um conjunto de regras de condutas para as companhias, seus administradores e controladores consideradas importantes para uma boa valorização das ações e outros ativos de emissão da companhia.

Atualmente são 4 (quatro) os segmentos especiais de listagem na BM&FBOVESPA para a negociação de valores mobiliários emitidos por companhias abertas, de acordo com a adesão das companhias aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA, a saber: (i) Nível 1 de Governança Corporativa ("Nível 1"); (ii) Nível 2 de Governança Corporativa ("Nível 2"); (iii) Novo Mercado da BM&FBOVESPA (Novo Mercado); e (iv) Mercado de Ações para Ingresso de S.A.s ("BOVESPA MAIS").

A adesão voluntária de uma companhia a essas regras, com a consequente adoção de práticas de governança corporativa adicionais às exigidas pela legislação e aplicáveis à generalidade das companhias, faz com que tal companhia possa ser listada no Nível 1, Nível 2 ou Novo Mercado, dependendo do grau de compromisso assumido perante a BM&FBOVESPA, ou, ainda, em caso de listagem em mercado de balcão organizado administrado pela BM&FBOVESPA, no BOVESPA MAIS.

Governança corporativa consiste em um conjunto de princípios e práticas que buscam uma minimização dos potenciais conflitos de interesse entre os acionistas da companhia e os responsáveis por sua administração. Três pilares básicos sustentam um eficiente mecanismo de governança corporativa: (i) regras de conduta da companhia, que podem ser estabelecidas por lei ou por contrato (governança corporativa propriamente dita); (ii) nível de transparência das informações relevantes prestadas ao mercado (*disclosure*); e (iii) meios empregados para que estas regras sejam efetivamente cumpridas (*enforcement*).

A adesão aos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa da BM&FBOVESPA traz diversos benefícios a todos os envolvidos. Aos investidores permite: (i) maior acuidade na precificação das ações; (ii) melhora no processo de acompanhamento e fiscalização dos negócios da companhia; (iii) maior segurança quantos aos seus direitos societários; e (iv) redução dos riscos associados ao investimento. Às companhias, por sua vez, possibilita: (i) melhora da imagem institucional; (b) aumento na demanda por suas ações; (iii) valorização de suas ações; e (iv) menor custo de capital.

A companhia ingressa em qualquer dos segmentos de listagem da BM&FBOVESPA aderindo a um contrato de participação que a obriga a cumprir um conjunto de regras de governança corporativa previstas para cada um desses segmentos, em seus respectivos regulamentos de listagem expedidos pela própria BM&FBOVESPA (Regulamento de Listagem do Nível 1, Regulamento de Listagem do Nível 2, Regulamento de Listagem do Novo Mercado e Regulamento de Listagem no BOVESPA MAIS).

Em 2010 a BM&FBOVESPA submeteu à análise da CVM novos Regulamentos de Listagem para o Nível 1, Nível 2 e Novo Mercado, os quais foram aprovados integralmente pela CVM e entraram em vigor em 10 de maio de 2011. As companhias que já possuíam valores mobiliários de sua emissão admitidos à negociação em um dos referidos segmentos antes da entrada em vigor dos novos regulamentos, deverão alterar seus estatutos sociais, nos termos e obedecidos os prazos previstos nos novos regulamentos.

As principais práticas exigidas atualmente pela BM&FBOVESPA para listagem em cada um dos Níveis Diferenciados de Governança Corporativa estão descritas a seguir.

Para listagem no Nível 1, as companhias devem se comprometer, principalmente, com o cumprimento de um conjunto de regras que visam melhorias na prestação de informações ao mercado e a dispersão acionária. As principais práticas previstas para o Nível 1 são:

- manutenção em circulação de ações representativas de, no mínimo, 25% do capital social;
- adoção de mecanismos que favoreçam a dispersão do capital quando da realização de ofertas públicas de distribuição de ações;
- observância de requisitos adicionais na elaboração de prospectos de distribuição pública de valores mobiliários;
- vedação à criação de partes beneficiárias;
- melhoria nas demonstrações financeiras e nas informações trimestrais e no formulário de referência, entre as quais destacam-se a exigência de incluir nota nas informações trimestrais sobre transações com partes relacionadas, contendo as divulgações previstas nas regras contábeis aplicáveis às demonstrações financeiras anuais e de informar a posição acionária por espécie e classe de todos os acionistas detentores de 5% ou mais das ações de cada espécie e classe da Companhia, de forma direta ou indireta, até o nível de pessoa física, desde que a companhia tenha ciência de tal informação;
- realização de reunião pública anual com analistas e interessados, para divulgar informações relacionadas à situação econômico-financeira da companhia, projetos e perspectivas;
- cumprimento de regras de *disclosure* em operações envolvendo ativos de emissão da companhia detidos por acionistas controladores;
- divulgação dos termos dos contratos firmados entre a companhia e partes relacionadas;
- disponibilização de um calendário anual de eventos corporativos;
- mandato unificado de, no máximo, 2 (dois) anos para todo o Conselho de Administração;
- vedação à acumulação dos cargos de presidente do Conselho de Administração com Diretor presidente ou principal executivo da companhia, pela mesma pessoa, salvo hipóteses de vacância;
- elaboração e divulgação de política de negociação de valores mobiliários de emissão da companhia; e
- elaboração e divulgação de código de conduta da companhia.

Já para obter a classificação como Companhia Nível 2, além da adesão às regras previstas para o Nível 1, a companhia deve aderir a um conjunto bem mais amplo de práticas de governança corporativa, incluindo a concessão de direitos adicionais aos acionistas minoritários. As principais práticas previstas para o Nível 2 são:

- Conselho de Administração, formado por, no mínimo, 5 (cinco) membros, dentre os quais pelo menos 20% (vinte por cento) sejam conselheiros independentes;
- extensão, para todos os acionistas detentores de ações ordinárias e preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, pelo mesmo valor e nas mesmas condições obtidas pelos controladores quando da venda do controle da companhia;
- direito de voto às ações preferenciais em algumas matérias, como transformação, incorporação, cisão e fusão da companhia e aprovação de contratos entre a companhia e empresas do mesmo grupo;
- vedação à previsão no estatuto social de disposições que (a) limitem o número de votos de acionista ou grupo de acionistas em percentuais inferiores a 5% do total das ações com direito a voto, exceto nos casos previstos no regulamento; (b) estabeleçam quórum qualificado para a deliberação de matérias que devam ser submetidas à assembleia geral de acionistas; e (c) impeçam o exercício de voto favorável ou imponham ônus aos acionistas que votarem favoravelmente à supressão ou alteração de cláusulas estatutárias; obrigatoriedade de elaboração e publicação pelo Conselho de Administração de parecer prévio fundamentado sobre toda e qualquer oferta pública de aquisição que tenha por objeto as ações de emissão da companhia;
- obrigatoriedade de realização de oferta pública de aquisição de todas as ações em circulação, no mínimo, pelo valor econômico, nas hipóteses de cancelamento do registro de companhia aberta ou saída do Nível 2 de Governança Corporativa; e
- adesão à Câmara de Arbitragem para resolução de conflitos societários.

A entrada de uma companhia no Novo Mercado, por sua vez, depende da adesão desta ao conjunto de regras previsto para o Nível 1 e para o Nível 2, mas, adicionalmente, assume a companhia a obrigação de manter seu capital social composto exclusivamente por ações ordinárias.

Finalmente, para a listagem no BOVESPA MAIS – segmento do mercado de balcão organizado criado com o objetivo de ampliar as alternativas para o ingresso de novas companhias abertas na BM&FBOVESPA – a companhia deve aderir a práticas avançadas de governança corporativa, com regras similares às do Novo Mercado, que garantem mais transparência e mais direitos aos acionistas. O BOVESPA MAIS visa a acolher as empresas com estratégia gradual de acesso ao mercado de capitais, viabilizando sua exposição a esse mercado e apoiando sua evolução em termos de transparência, de ampliação da base de acionistas e de liquidez.

ESTRUTURA REGULATÓRIA DO MERCADO DE CAPITAIS LOCAL

Capítulo 7

7.1. Leis Relevantes que Influenciam o Mercado de Capitais Local

A principal lei que trata do mercado de valores mobiliários no Brasil é a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei do Mercado de Capitais"). Adicionalmente, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei das Sociedades por Ações"), contém importantes dispositivos para a regulamentação do mercado de valores mobiliários brasileiro.

A Lei do Mercado de Capitais disciplina o funcionamento geral do mercado de valores mobiliários brasileiro, incluindo distribuições públicas de valores mobiliários, o registro de valores mobiliários para negociação em bolsa de valores e/ou mercado de balcão, requisitos para divulgação de informações (*disclosure*), atividades de mediação, corretagem, compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, tipos de valores mobiliários admitidos à negociação e tipos de companhias cujos valores mobiliários podem ser admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários brasileiro. A Lei do Mercado de Capitais também criou a Comissão de Valores Mobiliá-

rios ("CVM"), atribuindo-lhe poderes regulamentar e de polícia sobre o mercado de valores mobiliários brasileiro.

A Lei do Mercado de Valores Mobiliários é regulamentada por meio de resoluções, circulares, instruções, pareceres de orientação, deliberações e outras normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional ("CMN"), Banco Central do Brasil ("Banco Central"), CVM, bolsas de valores e entidades do mercado de balcão organizado ("Mercado de Balcão Organizado").

7.2. Autoridades Reguladoras e Supervisoras Locais

7.2.1 Conselho Monetário Nacional

De acordo com a Lei do Mercado de Capitais, compete ao CMN, no âmbito do mercado de valores mobiliários brasileiro: (1) definir a política a ser observada para organização e funcionamento do mercado de valores mobiliários, (2) regular a utilização do crédito no mercado de valores mobiliários, (3) fixar a orientação geral a ser observada pela CVM no exercício de suas atribuições, (4) definir as atividades da CVM que devem ser exercidas em coordenação com o Banco Central, (5) aprovar o quadro e o regulamento de pessoal da CVM, e (6) fixar a retribuição do presidente, diretores, ocupantes de funções de confiança e demais servidores da CVM.

7.2.2 CVM

A CVM é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, administrada por um presidente e quatro diretores, os quais são nomeados pelo Presidente do Brasil, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de reputação ilibada e reconhecida experiência no mercado de valores mobiliários, para um prazo de mandato de cinco anos.

A CVM é responsável pela regulamentação da Lei do Mercado de Capitais e da Lei das Sociedades por Ações, de acordo com a política definida pelo CMN, e pela fiscalização permanente a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem e aos valores nele negociados.

Além disso, a CVM tem competência para regulamentar e fiscalizar (1) a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado, (2) a negociação e intermediação

nos mercados de valores mobiliários e de derivativos, (3) a organização, funcionamento e as operações das bolsas de valores e de mercadorias e futuros, (4) a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários, (5) a auditoria das companhias abertas e (6) os serviços de consultor e analista de valores mobiliários, sejam essas atividades, conforme aplicável, praticadas pelos integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários: (a) instituições financeiras ou outras sociedades que tenham por objeto distribuir valores mobiliários, (b) sociedades que tenham por objeto a compra de valores mobiliários em circulação no mercado para os revender por conta própria, (c) sociedades e agentes autônomos que exerçam atividades de mediação na negociação de valores mobiliários, em bolsas de valores ou no mercado de balcão, (d) bolsas de valores, (e) entidades do mercado de balcão organizado, (f) corretoras de mercadorias, (g) operadores especiais e bolsas de mercadorias e futuros, e (h) entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários.

A CVM pode impor sanções administrativas a pessoas e entidades que violem a Lei do Mercado de Capitais, a Lei das Sociedades por Ações ou outras leis e regras das quais a CVM seja responsável pela fiscalização. As principais sanções que podem ser impostas pela CVM são (1) advertências, (2) multas, (3) suspensão ou cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades que lhe cumpre regulamentar e fiscalizar, (4) suspensão ou inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, do exercício de cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição de valores mobiliários ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na CVM, (5) proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição de valores mobiliários ou outras entidades que dependam de autorização ou registro na CVM, e (6) proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

As punições impostas pela CVM não prejudicam a responsabilidade civil e criminal do infrator.

A CVM é membro do Conselho de Reguladores de Valores Mobiliários das Américas (“COSRA”), da Organização das Comissões de Valores Mobiliários (“IOSCO”), do Instituto Iberoamericano de Mercados de Valores (“IIMV”) e do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

A CVM também celebrou protocolos de entendimento para o compartilhamento de informações e assistência jurídica aos reguladores de valores mobiliários nos seguintes países: Estados Unidos (*U.S. Securities and Exchange Commission* e *Commodity Futures Trading Commission*), África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Bolívia, Canadá/Quebec, Chile, China, Equador, Espanha, França, Grécia, Hong Kong, Ilhas Cayman, Israel, Itália, Luxemburgo, Malásia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Romênia, Rússia, Singapura, Tailândia e Taiwan.

7.2.3 Banco Central

De acordo com a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, conforme alterada, o Banco Central é responsável pela implementação das políticas do CMN relacionadas à política monetária, controle de câmbio, regulamentação das instituições financeiras, controle de capitais estrangeiros e quaisquer outros assuntos relacionados ao mercado de valores mobiliários que sejam de sua competência, conforme determinado pelo CMN.

O Banco Central é administrado por uma diretoria composta de nove membros, sendo um seu presidente, os quais são nomeados pelo Presidente do Brasil, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre brasileiros de reputação ilibada e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, para um prazo de mandato indeterminado.

7.2.4 Autorregulamentação

As entidades com poderes de autorregulamentação, tipicamente bolsas de valores e entidades do mercado de balcão organizado, estão sujeitas à supervisão da CVM. Incumbe a essas entidades fiscalizar seus membros e assegurar o cumprimento das normas e regulamentos aplicáveis. Existem, também, entidades puramente autorreguladoras, como a ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais ("ANBIMA").

7.2.4.1 Bolsas de Valores

Dentre as funções das bolsas de valores estão a organização, manutenção, o registro e a supervisão de operações com valores mobiliários. Para tanto, as bolsas de valores podem estabelecer regras adicionais às emitidas pela CVM.

A principal bolsa de valores brasileira é a BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros ("BM&FBOVESPA"). Atualmente, podem ser negociados na BM&FBOVESPA, desde que seja obtida autorização prévia do Banco Central e/ou da CVM, conforme o caso, (1) valores mobiliários, (2) direitos, (3) índices, (4) derivativos, (5) títulos públicos e (6) e outros títulos emitidos por entidades privadas.

A BM&FBOVESPA possui um sistema "*home-broker*", por meio do qual os investidores podem entregar ordens aos seus corretores através da Internet, os quais estão conectados aos sistemas eletrônicos da BM&FBOVESPA.

Em dezembro de 2000, a BM&FBOVESPA lançou o Novo Mercado, Nível 2 e Nível 1, segmentos especiais de listagem do mercado de ações para companhias que aceitem se submeter a regras de governança corporativa e de divulgação de informações (*disclosure*) mais rigorosas que as estabelecidas pela legislação brasileira.

O Novo Mercado é o segmento de listagem que exige das companhias que dele aderirem o mais elevado padrão de governança corporativa dentre os demais segmentos especiais de listagem. Pelo Novo Mercado, a companhia obriga-se, dentre outras regras, a (1) ter seu capital social composto exclusivamente por ações ordinárias com direito a voto, (2) manter ao menos 25% das ações de sua emissão em circulação (*free float*), (3) estender a todos os acionistas os mesmos termos e condições obtidos pelos acionistas controladores no caso de venda do controle (*tag along* de 100%), (4) em caso de deslistagem ou cancelamento do contrato do Novo Mercado com a BM&FBOVESPA, fazer oferta pública para recomprar as ações de sua emissão de todos os acionistas no mínimo pelo valor econômico, (5) ter um conselho de administração composto por no mínimo cinco membros, sendo 20% de conselheiros independentes e o mandato máximo de dois anos, (6) disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito, (7) divulgar dados financeiros mais completos, incluindo relatórios trimestrais com demonstração de fluxo de caixa e relatórios consolidados revisados por um auditor independente e (8) divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários de sua emissão por seus diretores, executivos e acionistas controladores.

O Nível 2 impõe obrigações semelhantes às do Novo Mercado às companhias que dele aderirem, observado que, por exemplo, as companhias que aderirem ao Nível 2 podem ter seu capital composto por ações ordinárias com direito a voto e ações preferenciais sem ou com direito de voto restrito. Em determinadas circunstâncias

especiais, as ações preferenciais adquirem direito de voto, como por exemplo para aprovação de fusões e incorporações envolvendo a companhia e contratos entre o acionista controlador e a companhia, sempre que essas decisões estiverem sujeitas à aprovação na assembleia de acionistas.

O Nível 1 determina às companhias que dele aderirem, dentre outros, a (1) manter ao menos 25% das ações de sua emissão em circulação (*free float*), (2) divulgar dados financeiros mais completos, (3) disponibilizar relatórios financeiros anuais em um padrão internacionalmente aceito, e (4) divulgar mensalmente as negociações com valores mobiliários de sua emissão por seus diretores, executivos e acionistas controladores.

A BM&FBOVESPA criou, ainda, o BOVESPA MAIS, um segmento especial de listagem cujo objetivo foi o de tornar o mercado de ações mais acessível especialmente às companhias de pequeno e médio porte. Em linhas gerais, as regras de listagem no BOVESPA MAIS são semelhantes às regras do Novo Mercado, observado que, por exemplo, as companhias que aderirem ao BOVESPA MAIS podem ter seu capital social composto também por ações preferenciais, as quais, contudo, não poderão ser negociadas.

A custódia e liquidação de operações com valores mobiliários são realizadas por uma câmara de custódia da BM&FBOVESPA e são feitas, como regra geral, no 2º e no 3º dias úteis seguintes à data da realização da operação (fechamento financeiro e físico, respectivamente).

7.2.4.2 Mercado de Balcão Organizado

O mercado de balcão organizado é um ambiente de negociação administrado por instituições autorizadas e sujeitas à supervisão da CVM, e que oferece um sistema de negociação, além de estabelecer regras e mecanismos de autorregulamentação.

Podem ser negociados no mercado de balcão organizado: (1) ações, (2) debêntures, (3) certificados de investimento audiovisual, (4) quotas de fundos de investimento fechado, incluindo os fundos imobiliários e os fundos de investimento em direitos creditórios, (5) bônus de subscrição, (6) índices representativos de carteira de ações, (7) opções de compra e venda de valores mobiliários, (8) direitos de subscrição, e (9) recibos de subscrição. A CETIP S.A. – Balcão Organizado de Ativos e De-

rivativos é uma entidade do mercado de balcão organizado, que também funciona como câmara de custódia e liquidação de títulos e valores mobiliários.

7.2.4.3 ANBIMA – Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais

A ANBIMA é um agente regulador privado, atualmente representante de mais de 340 instituições, dentre bancos comerciais, múltiplos e de investimento, asset managements, corretoras, distribuidoras de valores mobiliários e consultores de investimento.

Em 1 de junho de 2011, a ANBIMA aprovou um novo código de autorregulamentação ("Código ANBIMA") prevendo determinados padrões para a divulgação de informação, os quais devem ser seguidos pelos associados da ANBIMA enquanto participam de ofertas públicas de valores mobiliários como coordenadores. O Código ANBIMA estabelece padrões operacionais semelhantes aos verificados nos países onde o mercado de capitais encontra-se em níveis mais elevados de organização.

O objetivo do Código ANBIMA é estabelecer parâmetros de plena divulgação, nos quais deverão ser baseadas as atividades das instituições financeiras no mercado de capitais brasileiro. Ultrapassando os requisitos mínimos previstos pela regulamentação aplicável e equiparando-se aos modernos regimes de autorregulamentação existentes no mundo, o regime de autorregulamentação previsto pelo Código ANBIMA cria normas uniformes para distribuição pública de títulos de renda fixa e variável, nos mercados primário e secundário. De acordo com suas disposições, as instituições financeiras que atuam como coordenadoras do sindicato dos distribuidores de títulos ("distribuidores de títulos") são também responsáveis pelo conteúdo dos prospectos e formulários de referência. Essas entidades deverão realizar auditorias independentes para revelar toda informação relevante que afete a companhia emitente, seus valores mobiliários e outros fatos que sejam importantes para a decisão do investidor no que concerne aos investimentos ofertados ou solicitados.

O Código ANBIMA ainda estabelece normas abrangentes para o conteúdo mínimo do prospecto de oferta e formulário de referência, que deverão conter, ao menos, (1) informações com relação aos fatores de risco, sem a existência de mitigadores, (2) descrição dos principais aspectos relacionados com o setor de atuação do emissor, (3) descrição dos negócios do emissor e suas políticas de governança

corporativa, proteção ambiental e responsabilidade social, (4) análise e discussão das demonstrações financeiras do emissor pela sua administração, com base nos três últimos exercícios (MD&A), (5) informações sobre valores mobiliários existentes e a serem emitidos pelo emissor, (6) litígios relevantes que afetem o emissor, (7) operações com partes relacionadas e com instituições participantes na distribuição de títulos, e (8) descrição dos negócios com as instituições participantes que atuem como coordenadores da oferta.

7.3. Definição de Valores Mobiliários

No Brasil, o conceito de valores mobiliários é formal e definido por lei. De acordo com a Lei do Mercado de Capitais, são valores mobiliários: (1) ações, debêntures e bônus de subscrição, (2) cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no item (1) anterior, (3) certificados de depósito de valores mobiliários, (4) cédulas de debêntures, (5) cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos, (6) notas comerciais, (7) contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários, (8) outros contratos derivativos, independentemente dos ativos subjacentes, (9) quando ofertados publicamente, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros.

Os seguintes títulos estão expressamente excluídos da definição de valores mobiliários e, por consequência, estão sujeitos à supervisão do Banco Central: (1) títulos da dívida pública federal, estadual e municipal e (2) títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, exceto as debêntures.

7.4. Oferta de Distribuição de Valores Mobiliários no Brasil

7.4.1. Conceito de Oferta Pública de Distribuição de Valores Mobiliários

A oferta pública de distribuição de valores mobiliários no Brasil está sujeita às restrições impostas pela Lei do Mercado de Capitais. As ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários precisam ser previamente registradas na CVM.

De acordo com a Lei do Mercado de Capitais e a Instrução CVM nº 400, de 29 de dezembro de 2003, conforme alterada ("Instrução CVM 400"), são considerados atos de distribuição pública e, portanto, sujeitos à prévio registro da CVM a venda, promessa de venda, oferta à venda ou subscrição, a aceitação de pedido de venda ou subscrição de valores mobiliários, de que conste qualquer dos seguintes elementos: (1) utilização de listas ou boletins de venda ou subscrição, folhetos, prospectos ou anúncios destinados ao público, por qualquer meio ou forma, (2) procura, no todo ou em parte, de subscritores ou adquirentes indeterminados para os valores mobiliários por meio de empregados, representantes, agentes ou quaisquer pessoas, integrantes ou não do sistema de distribuição de valores mobiliários, (3) negociação feita em loja, escritório ou estabelecimento aberto ao público destinada, no todo ou em parte, a subscritores ou adquirentes independentes, ou (4) utilização de publicidade, oral ou escrita, cartas, anúncios, avisos, especialmente através de meios de comunicação de massa ou eletrônicos.

O registro tem por objetivo garantir a divulgação adequada e precisa de informações sobre o emissor e os valores mobiliários que ele pretende vender. O registro, no entanto, não julga o risco da emissão, não impedindo a venda de valores mobiliários por companhia mal administrada ou que não produzem lucro, por exemplo.

Uma inovação trazida pela Instrução CVM 400 é a dispensa de registro da oferta, ou de alguns de seus requisitos (inclusive publicações, prazos e procedimentos). Para tanto, a CVM deve levar em consideração: (1) a categoria da companhia aberta, (2) o valor unitário dos valores mobiliários ou o valor total da oferta, (3) o plano de distribuição dos valores mobiliários, (4) o fato de a oferta se realizar em mais de uma jurisdição, (5) as características em caso de oferta de permuta, (6) os destinatários da oferta ou (7) o direcionamento exclusivo a investidores qualificados.

A Instrução CVM 400 permite que a companhia aberta que já tenha efetuado oferta pública submeta para arquivamento na CVM um programa de distribuição de valores mobiliários, com o objetivo de no futuro efetuar as ofertas públicas nele mencionadas mediante a utilização de um procedimento simplificado de análise e registro. O programa de distribuição terá um prazo máximo de dois anos, devendo ser atualizado no prazo máximo de um ano.

Além disso, a Instrução CVM 400 prevê a concessão de registro automático de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários emitidos por emissor com

grande exposição ao mercado. Para adquirir o status de emissor com grande exposição ao mercado, o emissor deve atender cumulativamente aos seguintes requisitos: (1) ter ações negociadas em bolsa há pelo menos três anos, (2) ter cumprido tempestivamente com suas obrigações periódicas nos últimos 12 meses e (3) o valor de mercado das suas ações em circulação seja igual ou superior a R$5 bilhões, de acordo com a cotação de fechamento no último dia útil do trimestre anterior à data do pedido de registro da oferta pública de distribuição de valores mobiliários.

A Instrução CVM nº 471, de 8 de agosto de 2008 ("Instrução CVM 471"), por sua vez, introduziu o procedimento simplificado para registro de ofertas públicas de distribuição de valores mobiliários, o qual pode ser utilizado por (1) companhias abertas, (2) fundos de investimento, ou (3) companhias estrangeiras ou assemelhadas que sejam patrocinadoras de programas de certificado de depósito de valores mobiliários – BDR. Pedidos de registro da primeira oferta pública de distribuição de ações, certificados de depósito de ação ou BDR não podem ser realizados por meio do procedimento simplificado. Com base na Instrução CVM 471, a CVM celebrou com a ANBIMA em 20 de agosto de 2008 convênio, conforme alterado, para que a ANBIMA realizasse análises prévias e elaborasse relatórios técnicos relativos a pedidos de registro de ofertas públicas de distribuição, por meio de procedimento simplificado.

Adicionalmente, a Instrução CVM nº 476, de 16 de janeiro de 2009, conforme alterada, passou a prever a dispensa automática de registro perante a CVM de ofertas públicas realizadas com esforços restritos de, dentre outros, notas comerciais, cédulas de crédito bancário que não sejam de responsabilidade de instituições financeiras, debêntures não conversíveis ou não permutáveis por ações, cotas de fundos de investimento fechados, certificados de recebíveis imobiliários ou do agronegócio e certificados de direitos creditórios do agronegócio. Para contar com essa prerrogativa de dispensa automática de registro, a oferta pública deve ser direcionada exclusivamente a, no máximo, 50 investidores qualificados, sendo que os valores mobiliários ofertados não poderão ser subscritos ou adquiridos, conforme o caso, por mais de 20 investidores qualificados.

7.4.2. Processo para o Registro

A distribuição pública de valores mobiliários no Brasil requer o registro da companhia emissora como companhia de capital aberto. Além do registro junto à CVM antes da distribuição pública, a companhia também precisa ser aceita em bolsa de valores ou mercado de balcão, organizado ou não, na qual os valores mobiliários serão registrados.

7.4.3. Registro do Emitente como Companhia de Capital Aberto

De acordo com a Instrução CVM nº 480, de 7 de dezembro de 2009, conforme alterada, o pedido de registro de emissor de valores mobiliários deve ser instruído com os seguintes documentos: (1) cópia da ata da assembleia geral que houver aprovado o pedido de registro, (2) cópia da ata da reunião do conselho de administração ou da assembleia geral que houver designado o diretor de relações com investidores, (3) cópia do estatuto social, (4) formulário de referência, (5) formulário cadastral, (6) demonstrações financeiras auditadas relativas aos três últimos exercícios sociais, (7) demonstrações financeiras auditadas especialmente elaboradas para fins de registro relativas ao último exercício social ou a data posterior, caso tenha ocorrido alteração relevante na estrutura patrimonial do emissor ou o emissor tenha sido constituído no mesmo exercício do pedido de registro, (8) comentários da administração sobre as diferenças das demonstrações financeiras relativas ao último exercício social apresentadas em conformidade com o item (6) e aquelas apresentadas em conformidade com o item (7), se for o caso, (9) cópias das atas de todas as assembleias gerais de acionistas realizadas nos últimos 12 meses, (10) cópia dos acordos de acionistas ou de outros pactos sociais arquivados na sede do emissor, (11) cópia do contrato mantido com instituição para execução de serviço de valores mobiliários escriturais, (12) formulário de demonstrações financeiras padronizadas – DFP relativo ao último exercício social, (13) política de divulgação de informações, (14) formulários de informações trimestrais – ITR relativos aos três primeiros trimestres do exercício social em curso, (15) cópia dos termos de posse dos administradores do emissor, (16) política de negociação de ações e (17) declarações a respeito dos valores mobiliários do emissor detidos pelos administradores, membros do conselho fiscal, e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas criados por disposição estatutária.

7.4.4. Requisitos para a Distribuição Pública de Valores Mobiliários

A oferta pública de distribuição de valores mobiliários, seja no mercado primário ou no secundário, deve ser previamente autorizada pela CVM. Para tanto, a instituição financeira que estiver conduzindo a oferta ("instituição líder") deverá, juntamente com os ofertantes, instruir o pedido de registro perante a CVM com os seguintes documentos: (1) cópia do contrato de distribuição e respectivos termos aditivos, (2) cópias dos eventuais termos de adesão ao contrato de distribuição, (3) cópia do contrato de estabilização de preço, (4) cópia de outros contratos relativos à oferta, (5) cópia do modelo de boletim de

subscrição ou de recibo de aquisição, (6) cópia das minutas do prospecto preliminar ou definitivo, conforme o caso, (7) cópia da ata da assembleia geral ou da reunião do conselho de administração que aprovar a realização da oferta, (8) cópia das minutas do aviso ao mercado e dos anúncios de início e de encerramento da oferta, (9) cópia do modelo do certificado de valores mobiliários ou cópia do contrato com instituição prestadora de serviço de valores mobiliários escriturais, se for o caso, (10) escritura de emissão de debêntures e o relatório emitido por agência classificadora de risco, se houver, (11) declaração de que o registro de companhia aberta está atualizado perante a CVM, se for o caso, (12) prova de cumprimento de todas as demais formalidades legais ou regulamentares, (13) comprovante de pagamento da taxa de fiscalização, (14) declarações dos ofertantes e da instituição líder atestando a veracidade das informações contidas nos prospectos, (15) declaração da bolsa de valores ou da entidade do mercado de balcão organizado informando sobre o deferimento do pedido de admissão à negociação do valor mobiliário, se for o caso, e (16) outras informações ou documentos exigidos pela CVM.

A CVM tem 20 dias úteis a partir do protocolo dos documentos mencionados acima para se manifestar acerca do pedido de registro, prazo esse que pode ser interrompido uma única vez se a CVM solicitar informações adicionais relativas ao pedido de registro da oferta. O prazo para atendimento de exigências é de até 40 dias úteis, o qual pode ser prorrogado por mais 20 dias úteis e/ou interrompido por até 60 dias úteis, mediante pedido fundamentado pelos interessados. A partir do cumprimento das exigências, a CVM se manifestará sobre o registro dentro de 10 ou 20 dias úteis, caso não tenham ou tenham, respectivamente, sido realizadas alterações nos documentos submetidos à CVM juntamente com o pedido de registro que não decorreram do cumprimento das exigências formuladas pela CVM. Caso a CVM verifique não terem sido cumpridas todas as exigências, concederá, antes de indeferir o pedido de registro, 10 dias úteis para que os interessados possam cumprir integralmente as exigências formuladas pela CVM.

7.4.5. Emissão de *Depositary Receipts*: Acesso ao Mercado de Capitais Estrangeiro

As companhias brasileiras que desejem ter acesso aos mercados de capitais estrangeiros para obter recursos mediante a emissão de ações deverão estabelecer um

programa de depositary receipts. Depositary Receipts (“DRs”) são títulos que evidenciam ações ou outros valores mobiliários relacionados às ações emitidas por uma companhia brasileira de capital aberto.

A implementação desse programa requer a nomeação de um depositário – a instituição estrangeira que irá emitir os DRs no exterior com base nas ações custodiadas em seu nome no Brasil – e de uma instituição custodiante no Brasil, que deverá custodiar as ações que lastreiam os DRs.

O programa de DR pode ser patrocinado ou não por uma companhia brasileira de capital aberto. A constituição e funcionamento de um programa de DR requer prévia aprovação da CVM e do Banco Central. O registro perante a CVM tem por objetivo assegurar o mesmo nível de divulgação de informações entre os detentores dos DRs e os detentores das ações que os lastreiam. O registro junto ao Banco Central é necessário para garantir a transferência de recursos de e para o Brasil.

Após o registro do programa na CVM e no Banco Central, as ações detidas pelos brasileiros ou estrangeiros poderão ser a qualquer tempo depositadas sob custódia para a emissão dos correspondentes DRs no exterior. Para alienar o investimento, investidores estrangeiros podem vender DRs no exterior ou solicitar ao depositário o cancelamento dos DRs para a venda das ações no Brasil.

7.4.6. Acesso ao Mercado Brasileiro por Companhias Estrangeiras através de Programas de BDR

Companhias estrangeiras podem negociar seus valores mobiliários no mercado de ações brasileiro por meio de emissão de títulos de depósito de valores mobiliários emitidos por instituições brasileiras, representando valores mobiliários emitidos por companhias estrangeiras de capital aberto (“BDRs”). O estabelecimento de Programas de BDRs deve ser previamente aprovado pela CVM e registrados no Banco Central.

BDRs podem ser emitidos tanto em um programa patrocinado, o qual tem três níveis diferentes, ou em um programa não patrocinado. Em ambos os casos, os emitentes dos valores mobiliários que os lastreiam devem estar sujeitos, em seus países de origem, à supervisão de agências com funções similares às da CVM e que tenham celebrado um acordo de cooperação com a CVM.

7.5. Oferta para Compra de Ações de Companhias Brasileiras

7.5.1. Oferta Pública para Aquisição de Controle

De acordo com a Lei das Sociedades por Ações, a aquisição de controle de uma companhia de capital aberto brasileira pode ser efetuada em dinheiro ou por meio de permuta de ações. Caso sejam realizadas por meio de permuta de ações, a oferta pública deverá ser previamente registrada na CVM.

A oferta deverá ser feita para um número de ações com direito a voto suficiente para assegurar o controle da companhia e deverá ser intermediado e garantido por uma instituição financeira.

O edital de oferta para compra de ações deverá divulgar, dentre outros, a identidade do adquirente, o número de ações a que ele se propõe a adquirir, o preço e outras condições de pagamento, o procedimento para a oferta de compra de ações, e outros termos e condições da oferta de compra.

Se até pouco tempo a grande concentração de ações com direito a voto em poder do acionista controlador resultava no fato de que a quase totalidade das cessões de controle de companhia aberta eram feitas por meio de operações privadas, podemos identificar atualmente um fato conhecido como "pulverização do controle", decorrente do aumento de companhias abertas que apresentam uma estrutura acionária em que não há um único acionista ou grupo de acionistas detentores da maioria do capital votante. Esse fato permite que o controle acionário de tais companhias seja adquirido no mercado por meio de ofertas públicas para aquisição de controle, sem negociação prévia com os seus principais acionistas.

7.5.2. Oferta de Compra de Ações para Fechamento de Capital de Companhia Brasileira

O acionista controlador ou a própria companhia aberta podem a qualquer tempo fazer uma oferta de compra de ações para aquisição de todas as ações com e sem direito a voto em circulação, com o fim de fechar o capital da companhia.

Mediante a oferta de compra de ações para o fechamento do capital, os acionistas são chamados para (1) vender suas ações para o acionista controlador ou para a companhia, conforme o caso, e (2) expressar sua opinião a favor ou contra o fechamento.

O fechamento de capital é sujeito à aceitação da oferta ou concordância com o cancelamento do registro por acionistas titulares de mais de 2/3 das ações em circulação, considerando-se ações em circulação, para este efeito, apenas as ações cujos titulares concordarem expressamente com o cancelamento de registro ou se habilitarem para o leilão de oferta.

Caso, após a conclusão da oferta pública de aquisição para fechamento de capital, remanesçam em circulação menos de 5% das ações emitidas pela companhia, seus acionistas, reunidos em assembleia geral, poderão aprovar o resgate dessas ações pelo valor da oferta, desde que seja depositado o valor do resgate em estabelecimento bancário autorizado pela CVM.

7.5.3. Oferta Voluntária para Compra de Ações

A aquisição de ações de uma companhia aberta por seu acionista controlador, sem a realização de oferta pública, está limitada a aquisição de 1/3 do total das ações de cada espécie e classe em circulação.

A oferta para compra de ações deve ser previamente aprovada pela CVM e deve ser condicionada ao aceite de um número máximo ou mínimo de ações. O edital deverá conter as seguintes informações em relação à oferta para compra de ações, dentre outras, (1) termos e condições da oferta, (2) se a oferta constitui condição de negócio de transferência do controle acionário da companhia, especificando, nessa hipótese, a espécie de condição, (3) razões e objetivos da oferta, e (4) a intenção da ofertante de fechar o capital da companhia.

Além disso, se o controlador fizer uma nova oferta de compra dentro de dois anos a um preço mais alto do que o preço pago àqueles que aceitaram a primeira oferta, aqueles aceitantes da primeira oferta deverão ser reembolsados pela diferença do preço.

Se dentro de um ano da oferta, algum evento que leve ao exercício do direito de retirada ocorra, os acionistas que venderam suas ações na oferta para compra de ações, mas que teriam o direito de retirada se não tivessem vendido suas ações,

terão o direito de receber qualquer diferença positiva entre o valor do reembolso e o preço recebido à época da aceitação da oferta.

Caso a oferta para aquisição de ações tenha por objetivo adquirir mais de 1/3 das ações em circulação no mercado ou, resulte na aquisição de mais de 1/3 dessas ações, as regras estabelecidas para ofertas para fechamento de capital deverão ser seguidas.

7.6. Regras de Proteção ao Investidor

7.6.1. Divulgação por Companhias de Capital Aberto

As companhias de capital aberto devem elaborar demonstrações financeiras a cada trimestre (Formulário de Informações Trimestrais – ITR) e as demonstrações financeiras anuais (Formulário de Demonstrações Financeiras Padronizadas – DFP). O ITR deve ser acompanhado de relatório de revisão especial dos auditores independentes e a DFP deve ser objeto de auditoria.

Adicionalmente, de acordo com a Instrução CVM 480, o formulário cadastral deve ser mantido sempre atualizado, sendo que a companhia aberta deve enviar à CVM a versão atualizada em até sete dias úteis contados do fato que deu causa à alteração no formulário cadastral. O formulário de referência, por sua vez, deve ser (1) entregue em até cinco meses da data de encerramento de cada exercício social, (2) atualizado em conjunto com o pedido de registro de distribuição pública de valores mobiliários ou (3) atualizado em até sete dias úteis da ocorrência de determinadas situações, dentre as quais (a) alteração de administrador ou membro do conselho fiscal do emissor, (b) emissão de novos valores mobiliários, ainda que subscritos privadamente, (c) alteração dos acionistas controladores, diretos ou indiretos, (d) variações de posições acionárias iguais ou superiores a 5% de uma mesma espécie ou classe de ações do emissor, e (e) incorporação, incorporação de ações, fusão ou cisão envolvendo o emissor.

A companhia deverá, ainda, publicar anúncios de fatos relevantes sempre que atos ou fatos possam ter impacto relevante na negociação dos seus valores mobiliários.

7.6.2. Divulgação por Acionistas de Companhias de Capital Aberto

Quaisquer acionistas, incluindo acionistas controladores, diretos e indiretos, e acionistas que elegerem membros do conselho de administração ou do con-

selho fiscal, devem notificar à companhia aberta caso haja um aumento ou redução em sua participação em 5% ou mais da espécie ou classe de ações dessa companhia. Essa notificação deve conter informações relativas ao número de ações compradas ou vendidas, preço pelo qual as ações foram adquiridas ou alienadas, razões e objetivos relacionados à negociação e uma declaração do comprador relacionada à existência de qualquer contrato relacionado ao exercício do direito a voto ou à transferência de valores mobiliários emitidos pela companhia. O diretor de relações com investidores da companhia aberta é responsável por repassar essas informações à CVM e à bolsa de valores ou entidades do mercado de balcão organizado onde os valores mobiliários dessa companhia estejam admitidos à negociação.

7.6.3. Manipulação do Mercado e outras Práticas Fraudulentas no Mercado de Valores Mobiliários

A CVM também visa a impedir (1) manipulação de preço, (2) criação de condições artificiais de demanda, oferta ou preço, (3) adoção de práticas não equitativas e (4) operações fraudulentas.

Manipulação de preço no mercado de valores mobiliários é a utilização de qualquer processo ou artifício para, direta ou indiretamente, elevar, manter ou reduzir o preço dos valores mobiliários, induzindo terceiros à sua compra ou venda.

Condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários são aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa, provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários.

Operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários é aquela em que se utiliza ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiro em erro, com finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros.

Prática não equitativa no mercado de valores mobiliários é aquela de que implique um tratamento para qualquer das partes em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação.

A violação dessas regras é considerada infração grave pela regulamentação da CVM, sujeitando os infratores a penalidades administrativas. Além disso, o dano causado ao investidor lesado em decorrência dessa conduta proibida gera o direito a indenização por perdas e danos.

7.6.4. Utilização de Informações Privilegiadas

Insiders são definidos como acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, membros do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas e empregados da companhia. De acordo com a regulamentação da CVM, insiders não podem se utilizar de informações relacionadas a fato relevante ou fato a que eles tenham acesso privilegiado, para a obtenção de qualquer vantagem indevida, para si ou para outrém, através da negociação de valores mobiliários.

Apesar de não serem definidos como insiders, as seguintes pessoas estão sujeitas às mesmas restrições: corretores, intermediários e outros membros do sistema de distribuição e qualquer um que, em virtude de sua posição ou função ou por qualquer outro motivo, tenha conhecimento de informações relevantes antes de sua divulgação ao mercado. Relações familiares são levadas em consideração para a determinação do status de insider.

Insider trading também é considerada infração grave. Divulgação de informações privilegiadas também é considerada infração grave pela regulamentação da CVM, sujeitando os autores a penalidades. O investidor lesado na compra e venda de valores mobiliários, pela utilização de informações privilegiadas, terá o direito a indenização por perdas e danos.

7.7. Lei da Lavagem de Dinheiro

A Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, conforme alterada (“Lei da Lavagem de Dinheiro”), dispõe sobre ofensas criminais em relação à lavagem de dinheiro ou ocultamento de bens, direitos e valores.

A Lei da Lavagem de Dinheiro apresenta diversas obrigações para pessoas jurídicas participantes do mercado de valores mobiliários, incluindo bolsas de valores e mercadorias, mercado de balcão organizado, bancos, corretoras, interme-

diários, administradoras de recursos, agências e representantes de instituições financeiras estrangeiras.

As obrigações impostas a essas pessoas pela Lei da Lavagem de Dinheiro incluem (1) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, (2) manter registro de toda operação que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, (3) atender, conforme definido pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras ("COAF"), e (4) desenvolver e implementar sistemas de controle interno para monitorar e detectar operações que possam constituir lavagem de dinheiro, como, por exemplo, operações envolvendo quantias não condizentes à situação financeira das partes, negociações que repetidamente causem perdas ou lucros para uma das partes e negociações envolvendo quantias substancialmente acima das condições de mercado.

7.8. Sanções Civis

7.8.1. Venda de Valores Mobiliários em violação dos requisitos do registro e/ou do prospecto

Quando um investidor adquirir um valor mobiliário, que foi alienado em violação aos requisitos legais do registro ou do prospecto, as seguintes penalidades podem ser impostas: (1) ação de indenização por perdas e danos, baseada na Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, podendo ser proposta pelo ministério público ex officio ou por solicitação da CVM, e (2) ação de perdas e danos com fundamento no artigo 186 do Código Civil, que pode ser proposta pela pessoa prejudicada por qualquer ação ou omissão de pessoa física ou jurídica.

Investidores podem, ainda, recuperar seus prejuízos de qualquer pessoa que tenha realizado operações fraudulentas ou envolvendo condições artificiais de demanda, oferta ou preço, manipulação de preço ou realização de práticas não equitativas.

Ações contra os administradores de companhia aberta podem ser propostas em razão de informações enganosas ou de omissões contra a administração da emissora (conselheiros e diretores), com base nos artigos 155 e 157 da Lei das Sociedades por Ações. Qualquer acionista pode iniciar essa ação caso a administração da com-

panhia não a proponha em até três meses da decisão da assembleia de acionistas de propor a ação. Acionistas representando 5% ou mais das ações da companhia podem propor ações judicias contra a administração da companhia, independentemente da posição da assembleia de acionistas.

Qualquer investidor pode, ainda, processar emissores, underwriters e intermediários, caso a respectiva participação no ato ilicito possa ser provada pelo investidor.

7.8.2. Insider Trading

Quando um investidor sofrer prejuízo em decorrência de operações realizadas por insiders, a ação judicial pode ser proposta com base na Instrução CVM nº 8, de 8 de outubro de 1979, e nos artigos 147, 182 e 186 do Código Civil.

7.8.3. Atividades de Corretagem Fraudulenta e Utilização de Contas de Corretagem

7.8.3.1. Comissão Excessiva ou Lucro Injusto sobre a Comissão

Quando um investidor é prejudicado por práticas de corretagem fraudulentas na compra ou na venda dos valores mobiliários, como, por exemplo, quando resultarem em lucros ou comissões excessivos ou indevidos, as medidas cabíveis incluem a propositura de ação judicial, com base no artigo 186 do Código Civil e artigos 18 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor.

7.8.3.2. Operando em caso de Insolvência ou de Má Condição Financeira e Outros Prejuízos Causados por Intermediários.

Se qualquer investidor sofrer prejuízo em decorrência do fato de o seu corretor operar em estado de insolvência ou em má condição financeira, ações ordinárias podem ser propostas contra ele, com base no artigo 186 do Código Civil.

7.8.4. Ações Coletivas

Ações Coletivas no Brasil estão restritas a questões de direito ambiental e outras situações específicas, não incluindo os valores mobiliários. No entanto, o Ministério

Público pode propor ações por e em benefício dos investidores, com base na Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989.

7.8.5. Renúncia a direitos

Investidores adquirindo valores mobiliários podem, em princípio, renunciar a direitos relacionados à Lei do Mercado de Capitais e regras infra-legais. No entanto, essas renúncias podem ser desconsideradas por um juiz caso não seja comunicado ao investior ou caso a renúncia contradiga princípios fundamentais de proteção ao investidor. Dispositivos de defesa do consumidor são considerados questão de ordem pública, consequentemente, não podem ser renunciados. Pela mesma razão, acordos privados não impedem ações da CVM ou das bolsas de valores.

7.8.6. Aspectos Procedimentais

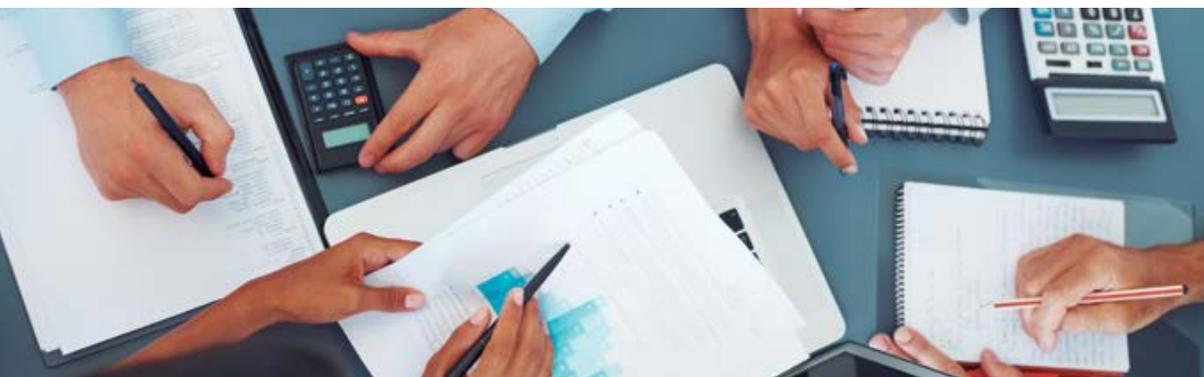
7.8.6.1 Jurisdição

Os tribunais estaduais têm jurisdição sobre as matérias civis, que dão fundamento às demandas já discutidas.

7.8.6.2 Competência

Em geral, o foro do domicílio do réu é o competente para julgar e analisar os casos propostos com base na Lei de Valores Mobiliários.

7.8.6.3 Prescrição e Quando Inicia

De acordo com o artigo 205 do Código Civil, o prazo de prescrição é, em geral, de 10 anos.

SISTEMA FISCAL

8.1. Aspectos Gerais

A vigente Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro 1988 (CF/88), atribui à União Federal, aos Estados e aos Municípios competência para a cobrança de tributos.

Subdividem-se os tributos em impostos, taxas, contribuições de melhoria, outras contribuições, além de empréstimos compulsórios; os impostos podem ser instituídos pelas três esferas de governo, de acordo com a competência específica atribuída pela CF/88.

As taxas, da competência comum dos entes políticos, são cobradas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ou postos à disposição do contribuinte.

A cobrança da contribuição de melhoria, ainda pouco utilizada, decorre do benefício econômico trazido por obras públicas para o patrimônio imobiliário do contribuinte.

Compete exclusivamente à União Federal a cobrança das seguintes contribuições: (a) sociais (b) de intervenção no domínio econômico,

(c) de interesse das categorias profissionais ou econômicas, e (d) para financiamento da seguridade social.

Somente a União Federal pode instituir empréstimos compulsórios em caso de investimento público urgente e de relevante interesse nacional; ou para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidades públicas ou de guerra externa.

Na instituição e cobrança dos tributos, salvo disposição expressa em contrário na própria CF/88, devem ser observadas determinadas limitações constitucionais, dentre as quais destacamos:

- Princípio da legalidade (os tributos somente podem ser instituídos ou majorados por lei votada pelo Congresso Nacional);
- Princípio da isonomia (os contribuintes em situação equivalente devem ter tratamento tributário idêntico);
- Princípio da irretroatividade (não se pode cobrar tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os instituiu ou majorou);
- Princípio da anterioridade (não se pode cobrar imposto no mesmo exercício financeiro em que seja publicada a lei que o instituiu ou majorou, tampouco antes de decorridos noventa dias da data da publicação da referida lei; as contribuições podem ser exigidas no mesmo exercício, mas devem respeitar o prazo de noventa dias);
- Princípio do não-confisco (o tributo não pode ter caráter confiscatório).

8.2. Tributos Federais

Residentes no Brasil estão sujeitos à tributação em bases universais, ou seja, toda a renda auferida deve ser oferecida à tributação, independentemente de a fonte estar situada no Brasil ou no exterior.

8.2.1. Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF)

Os rendimentos auferidos por pessoas físicas provenientes de pessoas jurídicas residente no País, geralmente, estão sujeitos ao imposto de renda na fonte a alíquota progressiva, que varia de 0% até 27,5%, dependendo do montante de rendimento auferido no mês.

Por sua vez, os rendimentos recebidos de pessoas jurídicas estrangeiras (e pessoas físicas residentes ou não residentes) estão sujeitos ao imposto de renda na forma de um sistema conhecido como carnê-leão, cujo imposto é pago e calculado mensalmente pelo próprio contribuinte, com aplicação da tabela progressiva do imposto de renda nas mesmas alíquotas mencionada acima.

Em geral, ganhos de capital auferidos por pessoa física residente no País estão sujeitos à incidência do imposto de renda à alíquota de 15%, independentemente de tais bens ou direitos estarem localizados no Brasil ou no exterior. Ganhos auferidos por pessoa física não-residente são submetidos à tributação apenas se tais ganhos derivarem de transferência ou cessão de direitos ou ativos localizados no Brasil. Caso a pessoa física não-residente se torne residente, ganhos decorrentes de bens e direitos adquiridos na condição de não-residente somente serão tributados no Brasil se estiverem situados no País; ou seja, ganhos auferidos por residentes na venda de bens ou direitos localizados no exterior que foram adquiridos enquanto eram não-residentes são isentos de tributação.

8.2.2. Imposto de Renda de Pessoa Jurídica (IRPJ)

As pessoas jurídicas residentes no Brasil podem optar por três diferentes métodos para apurar a base de cálculo do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSL): lucro real, lucro presumido e lucro arbitrado

A escolha do lucro real e do lucro real presumido é facultativa, todavia, o método do lucro real é obrigatório para pessoas jurídicas que se enquadrem nas seguintes condições: (i) cujo total de receitas auferidas no ano anterior seja superior a R$ 48.000.000,00; (ii) cujos rendimentos ou ganhos tenham sido auferidos no exterior por meio de filiais estrangeiras ou escritórios de representação (rendimentos derivados de exportação de bens ou serviços não são considerados como obtidos no exterior); (iii) que sejam instituições financeiras ou assemelhadas; (iv) que realizem atividade de *factoring*; ou (v) que tenham direito a benefícios fiscais e isenções específicas.

No lucro real o imposto é calculado em base anual ou trimestral sobre o lucro apurado antes dos impostos, devidamente ajustado de acordo com as disposições da legislação tributária aplicável. Qualquer prejuízo fiscal incorrido no período pode

ser transportado e compensado com lucros tributáveis em períodos subsequentes, até o limite de 30% do lucro da renda tributável de cada período

Na hipótese de a empresa optar pelo pagamento em bases anuais, o lucro será calculado a partir das demonstrações financeiras levantadas em 31 de dezembro, referente ao ano-calendário inteiro, no entanto o imposto deverá ser pré-pago mensalmente. O pré-pagamento mensal pode ser reduzido ou suspenso caso o contribuinte tenha evidências contábeis de que o valor do imposto pago no exercício excedeu o imposto devido com base no lucro real.

A pessoa jurídica optante pelo lucro real está sujeita ao Imposto de Renda com alíquota de 15%, acrescida do adicional de 10% caso seu lucro exceder R$ 20.000,00 por mês.

As pessoas jurídicas não obrigadas ao lucro real podem adotar pelo lucro presumido. Nessa sistemática de apuração, o imposto é calculado em bases trimestrais, com uma margem de lucro calculada mediante a aplicação de um percentual fixo sobre a receita bruta auferida pela pessoa jurídica, sem nenhum ajuste ou dedução. O percentual de presunção pode variar de acordo com as atividades exercidas pelo contribuinte, de 8% (operações comerciais/industriais) até 32% (prestadores de serviço).

O lucro arbitrado é aplicado apenas em casos excepcionais, quando, por exemplo, a autoridade tributária encontra sinais de fraudes ou por outra razão (como, por exemplo, incêndio ou furto de livros ou documentos fiscais) o contribuinte não pode fornecer a declaração a essa respectiva autoridade. No lucro arbitrado consideram-se todas as operações de vendas, operações financeiras, e outras fontes que podem fornecer uma estimativa de lucros.

8.3.3. Sistema Simplificado de Tributação – SIMPLES

No regime simplificado e unificado de tributação, conhecido como SIMPLES, a tributação é determinada por meio da aplicação de uma alíquota única sobre o valor da receita bruta auferida pela companhia; a alíquota varia de acordo com o valor da receita bruta, mas também leva em consideração a natureza da atividade empresarial.

Devido à sua simplicidade, o SIMPLES é visto como um "incentivo fiscal". Logo, as pessoas jurídicas devem cumprir rigorosos requisitos para optar por esse regime. Os principais requisitos são: (i) a receita bruta anual deve ser inferior a R$ 2.400.000,00;

(ii) a pessoa jurídica não pode ser constituída como sociedade por ações (Sociedades Limitadas são permitidas); (iii) apenas pessoas físicas podem deter quotas (não são permitidas participações de outra pessoa jurídica no capital); (iv) nenhum de seus quotistas podem ser domiciliados no exterior; (v) nenhum dos seus sócios podem ser sócios de outras empresas que também são beneficiadas pelo SIMPLES, se a receita global de ambas as sociedades superior a R$ 2.400.000,00; (vi) não pode exercer atividades de natureza de transportes de pessoas de um estado para outro ou intermunicipais e nem mesmo a prestação de serviços intelectuais, artísticos ou científicos e etc.

8.2.4. Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI)

O IPI incide na saída de produtos industrializados, bem como na importação; é não-cumulativo, permitindo que o valor do imposto devido seja compensado com os créditos relativos ao imposto cobrado na compra de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem. Todavia, não é admitido crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente. As alíquotas, que incidem sobre o valor da operação da qual decorra a saída da mercadoria, variam de acordo com a essencialidade do produto (em média 10%); esse imposto não incide nas operações de exportação.

8.2.5. Imposto de Importação (II)

O II incide na importação de produtos do exterior para o território brasileiro. O II possui alíquota que variam de acordo com a natureza do produto importado e com a classificação que este possui na Nomenclatura Comum do MERCOSUL (NMC), e em geral sua alíquota varia de 0% a 35%. O II não é um imposto recuperável.

8.2.6. Imposto sobre Operações Financeiras (IOF)

O IOF incide sobre operações de operações de credito, cambio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários. As alíquotas do IOF variam de 0% até 25% e há circunstâncias de isenção, de acordo com os objetivos monetários, câmbio e políticas fiscais.

8.2.7. Imposto Territorial Rural (ITR)

O ITR incide anualmente sobre a propriedade de imóveis rurais. O ITR possui alíquota que podem variar de 0,03% a 20%, dependendo da região e da produtividade da propriedade.

8.2.8. Imposto Sobre Grandes Fortunas (IGF)

O IGF ainda não foi criado. Há grande incerteza no meio jurídico quanto aos padrões que devem ser adotados para definir o que é "grandes fortunas".

8.3. Impostos Estaduais e do Distrito Federal

8.3.1. Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviços (ICMS)

O ICMS, principal imposto estadual, incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias (onerando toda a sua fase de industrialização e comercialização, inclusive importação) e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. É um imposto não-cumulativo, permitindo que o valor do imposto devido seja compensado com os créditos relativos ao imposto cobrado na compra de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem. O crédito relativo a bens destinados ao ativo permanente é admitido com restrições. O ICMS não incide nas operações de exportação.

8.3.2. Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Qualquer Bem ou Direito (ITCMD)

O ITCMD incide sobre a transmissão de propriedade real, título, crédito, ações, quotas, investimentos e outros ativos de qualquer natureza, bem como os direitos a ele relativos, por meio de doação ou herança. A alíquota do ITCMD varia entre 0% e 8% do valor justo de mercado do ativo ou direito.

8.3.3. Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA)

O IPVA incide anualmente sobre a propriedade de automóvel e motocicletas.

8.4. Tributos Municipais

8.4.1. Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza (ISS)

O ISS incide sobre a prestação de serviços de qualquer natureza. Os serviços sujeitos ao ISS são listados em Lei Complementar. As alíquotas do ISS variam entre 2% e 5%, dependendo do domicílio do contribuinte que presta o serviço e o tipo de serviço que é prestado. O ISS é, geralmente, cobrado pelo município no qual o con-

tribuinte prestador de serviços está localizado, porém há casos em que é cobrado pelo município no qual o serviço foi prestado.

8.4.2 Imposto sobre transmissão de Bens Imóveis (ITBI)

O ITBI incide sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos. A base de cálculo é o maior valor entre o valor da transação ou sobre o valor de mercado avaliado pelo próprio município. Os municípios podem avaliar e atualizar o valor dos imóveis de acordo com pesquisas de mercado.

Geralmente, o ITBI não incide sobre a transmissão de bens imóveis resultantes de contribuição ao capital ou reorganizações societárias. Não obstante, a transferência de bens imóveis e direitos a eles relativos por incorporação ou aporte de capital em pessoa jurídica está sujeita a ITBI, caso a atividade preponderante da pessoa jurídica seja compra e venda ou locação de imóveis.

8.4.3. Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU)

IPTU incide anualmente sobre a propriedade predial e territorial urbana. Sua base de cálculo é o valor de mercado do bem imóvel. Se o imóvel não cumprir os requisitos básicos da sua função social estabelecidos pelo programa do município, as autoridades fiscais podem impor uma alíquota mais elevada.

8.5. Contribuições

8.5.1. Contribuição Social Sobre Lucro Líquido (CSL)

A CSL incide sobre o lucro auferido por pessoas jurídicas antes do imposto de renda apurado nos termos da legislação comercial, ajustado na forma da lei. A Alíquota da CSL para entidades não financeiras é de 9% (15% para entidades financeiras). Contribuintes optantes pelo lucro presumido estão sujeitas a uma base de presunção de 12% ou 32%.

8.5.2. Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS)

O PIS e a COFINS são contribuições cobradas mensalmente sobre a receita auferida por pessoas jurídicas. Existem dois regimes para o PIS e a COFINS. Geral-

mente, empresas que optam pelo lucro presumido estão sujeitas ao regime cumulativo, ao passo que as empresas optantes pelo lucro real são sujeitas ao regime não-cumulativo de PIS e COFINS.

Salvo raras exceções, no regime cumulativo o PIS e a COFINS incidem à alíquota combinada de 3,65% sobre vendas e prestação de serviços e no regime não-cumulativo o PIS e COFINS incidem à alíquota combinada de 9,25% sobre a receita bruta.

A legislação do regime não-cumulativo de PIS e COFINS é bastante detalhada. Para efeitos desse guia, é possível listar os itens que podem ser usados como créditos contra o PIS e o COFINS, são eles: (i) bens adquiridos para revenda; (ii) bens e serviços utilizados na prestação de serviços ou na fabricação de bens e produtos para venda, incluindo combustíveis e lubrificantes; (iii) energia elétrica utilizada por estabelecimentos da pessoa jurídica; (iv) aluguel de edifícios, máquinas e equipamentos pago por pessoa jurídica (aluguéis pagos por pessoas físicas não geram créditos de PIS e COFINS, por exemplo); (v) máquinas, equipamentos e outros bens incorporados ao ativo fixo a serem utilizados na prestação de serviços, em bens de produção e produtos destinados à venda; (vi) edifícios e melhorias em imóveis de propriedade do contribuinte ou utilizado por terceiros na atividade do contribuinte; (vii) produtos devolvidos e ativos, desde que a receita correspondente à venda tenha sido tributada em meses anteriores; (viii) armazenamento e frete pago nas vendas, desde que estas despesas tenham sido arcadas pelo vendedor.

O PIS e a COFINS também incidem na importação de bens e serviços do exterior à alíquota combinada de 9,25%. O montante pago é, normalmente, recuperável como crédito fiscal de entrada, caso o contribuinte seja optante pelo regime não-cumulativo.

8.5.3. Contribuições sobre folha de pagamento

Geralmente, a folha de pagamento das pessoas jurídicas está sujeita às seguintes contribuições: Contribuição ao Instituto Nacional de Seguridade Social (“INSS”) a uma alíquota de 20%; Contribuição para o Serviço Social do Comércio (“SESC”) à alíquota de 1,5%, Contribuição para o Serviço de Apoio ao Pequeno Empresário Brasileiro (“SEBRAE”) à alíquota de 0,6%, Contribuição para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (“INCRA”) à alíquota de 0,2%, Contribuição para o Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (“SENAI”) à alíquota de 1%, Contribuição para

o Salário Educação ("SE") à alíquota de 2,5%, e Contribuição para Acidentes de Trabalho ("RAT") a alíquotas que variam entre 1% e 3% (ou seja, tributos que incidem na folha de pagamento são devidos a uma alíquota combinada de 26,8% a 28,6%).

8.6 Investidores estrangeiros

A tributação incidente sobre investimentos detidos por estrangeiro no Brasil dependerá do regime adotado pelo para registro desse investimento perante o BACEN.

Existem dois regimes para realizar o registro de investimento estrangeiro em pessoas jurídicas no Brasil, a saber: (i) de acordo com a Lei nº 4.131/62, como Investimento Estrangeiro Direto por meio de aquisição de participações societárias; ou (ii) por meio da Resolução BACEN nº 2.689/00.

Investidores estrangeiros, geralmente, são tributados no Brasil na fonte produtora de renda, por meio de retenções. Como regra geral, investidores estrangeiros estão sujeitos às seguintes regras:

8.6.1. Paraíso Fiscal

A Lei nº 11.727/08 introduziu uma nova concepção de paraíso fiscal na legislação brasileira, reconhecendo a diferença entre Jurisdições de Tributação Favorecida e Regimes Fiscais Privilegiados.

Em 7 de junho de 2010, a Receita Federal editou duas listas separadas: (i) a primeira delas regula a lista de países ou dependências que não tributam a renda ou o façam a alíquota máxima inferior a 20% ou cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos (também conhecida como "Lista Negra"); e (ii) a segunda lista elenca os regimes considerados privilegiados pela legislação brasileira (também conhecida como "Lista Cinza").

De acordo com a legislação fiscal do Brasil, as seguintes jurisdições são consideradas com tributação favorecida: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Ilhas Ascensão; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Brunei; Campione D'Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República

da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Kiribati; Lebuan; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Ilha Norfolk; Panamá; Ilha Pitcairn; Polinésia Francesa; Ilha Queshm; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; Ilhas de Santa Helena; Santa Lúcia; Federação de São Cristóvão e Nevis; Ilha de São Pedro e Miguelão; São Vicente e Granadinas; Seychelles; Ilhas Solomon; St. Kitts e Nevis; Suazilândia; Suíça (suspensa pelo ADE RFB nº 11/10); Sultanato de Omã; Tonga; Tristão da Cunha; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; e Ilhas Virgens Britânicas.

De acordo com a legislação Brasil, as seguintes legislações são consideradas Regimes Fiscais Privilegiados: com referência à legislação do Uruguai, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de "Sociedades Financeiras de Inversão (Safis)" até 31 de dezembro de 2010; com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva; com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de holding company que não exerçam atividade econômica substantiva (suspensa pelo ADE RFB 10/10); com referência à legislação da Islândia, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC); com referência à legislação da Hungria, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de offshore KFT; com referência à legislação dos Estados Unidos da América, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Limited Liability Company (LLC) estaduais, cuja participação seja composta de não-residentes, não sujeitas ao imposto de renda federal; com referência à legislação da Espanha, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de Entidad de Tenencia de Valores Extranjeros (E.T.V.Es.) (suspensa pelo ADE RFB 22/10); com referência à legislação de Malta, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de International Trading Company (ITC) e de International Holding Company (IHC).

8.6.2. Ganhos de capital

Ganhos de capital auferidos por não-residentes em investimentos registrados no Banco Central do Brasil estão sujeitos à incidência do imposto de renda retido na fonte à alíquota de 15%, ou 25% se o beneficiário for residente ou domiciliado em países ou dependências com tributação favorecida.

8.6.3. Dividendos

Os lucros ou dividendos calculados com base nos resultados apurados a partir do mês de janeiro de 1996, pagos ou creditados pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, presumido ou arbitrado, não estão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte, nem integrarão a base de cálculo do imposto de renda do beneficiário, pessoa física ou jurídica, domiciliado no País ou no exterior.

8.6.4. Juros

Juros pagos a não-residentes estão sujeitos à incidência do imposto de renda retido na fonte à alíquota de 15%, ou 25% se o beneficiário for residente ou domiciliado em países ou dependências com tributação favorecida.

8.6.5. Juros sobre Capital Próprio (JCP)

JCP é devido está sujeito ao imposto de renda com alíquota de 15%, ou 25% se o beneficiário for residente ou domiciliado em países ou dependências com tributação favorecida. Diferentemente do que ocorre com os valores pagos a título de dividendos, os JPC pagos ou creditados são dedutíveis para fins de apuração do lucro real e da base de cálculo da CSL.

8.6.6. Tratados para evitar a dupla tributação

O Brasil é signatário de diversos tratados bilaterais para evitar a dupla tributação da renda e do capital que, a priori, seguem o modelo de convenção da Organização para Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OECD) (com algumas relevantes diferenças).

O Brasil possui tratados em vigor para evitar a dupla tributação de renda e capital com os seguintes países: Argentina; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; China; República Checa; Dinamarca; Equador; Finlândia; Franca; Hungria; Índia; Israel; Itália; Japão; Coreia do Sul; Luxemburgo; México; Holanda; Noruega; Peru; Filipinas; Portugal; Eslováquia; África do sul; Espanha; Suécia; e Ucrânia.

8.6.7. Preços de Transferência

Em 1º de janeiro de 1997 foram introduzidas normas para identificar os controles a que estão sujeitas as operações comerciais ou financeiras realizadas entre partes re-

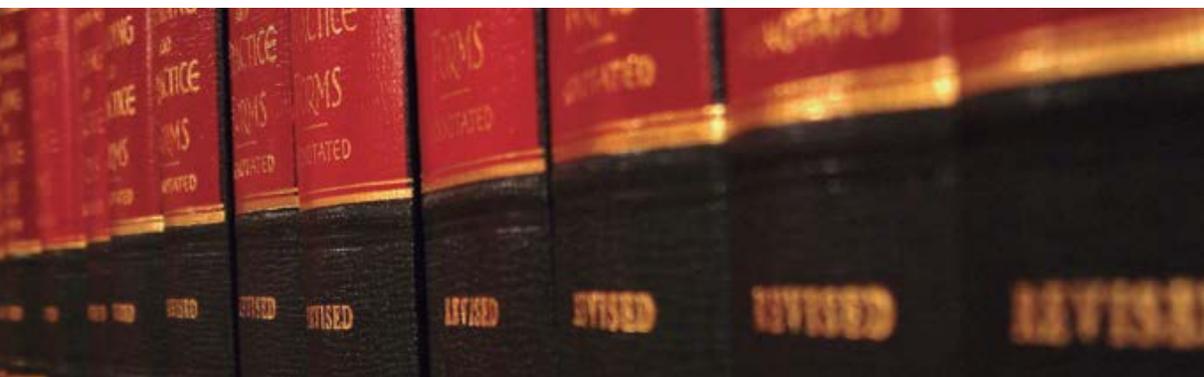
lacionadas, sediadas em diferentes jurisdições tributárias, ou quando uma das partes está sediada em paraíso fiscal. Essas regras aplicam-se a negócios envolvendo as seguintes situações: (i) pessoas jurídicas residentes no País que realizam negócios com parte relacionada não-residente; (ii) pessoas jurídicas residentes no País que realizam negócios com parte relacionada ou não domiciliada no exterior em país ou dependência com tributação favorecida ou com regime fiscal privilegiado

8.6.8. Sub-Captalização

De acordo com as regras brasileiras de sub-capitalização, juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, vinculada residente domiciliada no exterior, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da CSL, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, atendendo aos seguintes requisitos: (i) no caso o endividamento, verificado por ocasião da apropriação dos juros, não seja superior a 2 (duas) vezes o valor da participação da vinculada no patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil; e (ii) no caso o valor total do somatório dos endividamentos com todas as entidades situadas em país ou dependência com tributação favorecida ou com regime fiscal privilegiado não seja superior a 30% (trinta por cento) do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica residente no Brasil.

8.6.9. Mercado Financeiro e Mercado de Capitais

Não-residentes que investem no mercado financeiro de capitais brasileiro sob o regime jurídico da resolução nº 2.689 do BACEN estão sujeitos a um tratamento fiscal mais favorável: (i) receitas decorrentes de *swap*, fundos de investimento, e operações realizadas em mercados de liquidação futura, fora de bolsa à alíquota fixa de 10%; (i) investimento de renda fixa e rendimentos provenientes de transações realizadas fora da bolsa de valores brasileira são sujeitos à alíquota de 15%; e (iii) ganhos de capital auferido em bolsa de valores, bolsa de mercadorias, bolsa mercantil e de futuros e semelhantes estão isentos de tributação. A lei brasileira impede que esse tratamento fiscal mais favorável seja aplicado a investidores estrangeiros residentes ou domiciliados em países ou dependências com tributação favorecida.

Capítulo 9

LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE

Desde a Lei nº 4137, de 10 de setembro de 1962, o Brasil adotou, em moldes seguramente calcados no regime norte-americano, uma legislação antitruste, mas não é inverídico sustentar que, por quase 30 (trinta) anos, a mesma restou praticamente inoperante, dada a passividade do próprio Governo e dos organismos então criados para exercer o controle da aplicação do conjunto de normas e restrições assim instituídos.

A partir de 1990, porém, com a edição das Leis nº 8002/1990 e nº 8158/1991, os problemas ligados à repressão das infrações contra a ordem econômica, bem como a proteção da livre concorrência e a defesa dos consumidores, voltaram à ordem do dia, culminando com a edição, em 11.06.1994, da Lei nº 8884, a partir da qual pode-se dizer que os dispositivos "antitruste" passaram realmente a imperar no país.

O chamado Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão instituído desde 1962, transformou-se em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, e passou realmente a funcionar e exercer os poderes de policiamento administrativo que lhe competem conforme a Lei nº 8884, a qual decorre de disposições de ordem pública e constitucionais. A atuação do CADE, exercida em nome da coletividade, como titular dos bens jurídicos a serem protegidos, e auxiliada pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secreta-

ria de Acompanhamento Econômico (SEAE), pode estender-se aos atos praticados no exterior que produzam efeitos no Brasil, reputando-se domiciliada no Brasil empresa estrangeira que aqui tenha filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante (art. 2º, § 1º, com a redação dada pela Lei nº 10149, de 21 de dezembro de 2000, que alterou a Lei nº 8884). Nesse sentido, conforme prevê o § 2º do mesmo artigo, a empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

Antes de situar as infrações da ordem econômica vigente, a Lei nº 8884/94 deixa patente sua aplicação a todas as pessoas jurídicas e físicas, de direito público ou privado, bem como associações ou grupamentos, inclusive os temporários e os desprovidos de personalidade jurídica; prevendo, também, a responsabilidade individual dos respectivos dirigentes e administradores, solidariamente entre si e com a empresa. Mais ainda: o artigo 18 defende a possibilidade, em certas hipóteses, da aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica.

Entre os atos contrários à ordem econômica e por isso vedados, temos, por exemplo, a limitação, o falseamento ou o prejuízo à livre concorrência; a dominação de mercado relevante de bens ou serviços; o aumento arbitrário da lucratividade e o exercício abusivo do Poder Econômico. Por essa razão, serão contrários ao sistema legal vigente, além de outros atos, os acordos de preços entre concorrentes; a divisão de mercados; o estabelecimento de óbices à criação ou ao acesso de novos concorrentes ao mercado; as vendas a preço abaixo do custo; a retenção de bens e a imposição de preços excessivos. Há pelo menos 24 tipos de infração a considerar com o maior cuidado, uma vez que as penalidades previstas podem ser, ao sabor de elementos como gravidade, reincidência, situação econômica do infrator, etc., de até 30% do valor do faturamento bruto do último exercício social, além da multa de 10% a 50% do respectivo montante, exigível da pessoa física do administrador, todas elas cobráveis em dobro, em caso de reincidência; para não deixar de mencionar, adicionalmente, certas proibições de operar, contratar ou obter benefícios junto a organismos públicos.

Verifica-se que a falta injustificada do representado ou de terceiros, quando intimados para prestar esclarecimentos orais, no curso de procedimento, de averiguações preliminares ou de processo administrativo, sujeitará o faltante à multa de R$ 500,00 (quinhentos reais) a R$ 10.700,00 (dez mil e setecentos reais), conforme sua situação

econômica (art. 26, § 5º, com a redação dada pela Lei nº 10149/2000). E, ainda, estará sujeito o inspecionado ao pagamento de multa de R$ 21.200,00 (vinte e um mil e duzentos reais) a R$ 425.700,00 (quatrocentos e vinte e cinco mil e setecentos reais), conforme a situação econômica do infrator, se impedir, obstruir ou de qualquer outra forma dificultar a realização de inspeção no âmbito de verificação preliminar, procedimento ou processo administrativo (art. 26 – A, criado pela Lei nº 10.149/2000).

Uma inovação criada pela Lei nº 10149/2000 relacionada às penalidades acima descritas, é a possibilidade de celebração de acordo de leniência, em que as pessoas físicas ou jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica terão extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um ou dois terços da penalidade aplicável, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo (art. 35 – B).

Cabe observar, ainda, que as iniciativas do CADE, da SDE e da SEAE podem ter origem na solicitação de "qualquer interessado". As decisões do CADE são, em nível administrativo, inapeláveis, o que significa que à parte que se entender por elas prejudicada somente resta o caminho judicial para eventualmente combatê-las.

A Lei nº8884/94 prevê, ainda, a obrigação das partes de submeter atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação do mercado de certo produto à autorização expressa do CADE, seja previamente à sua prática, seja, no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, logo após a sua ocorrência (artigo 54), sendo que, a partir de 1º de janeiro de 2001, a taxa processual para tanto é de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). O regime da consulta prévia é obviamente preferível, pois do procedimento "a posteriori" podem surgir consequências complexas e indesejáveis, inclusive a obrigatoriedade da reversão de atos já praticados.

De relevo considerar, a esta altura, que, para os efeitos do artigo 54, consideram-se atos que possam prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercado, devendo, desta forma, ser submetidos à apreciação do CADE aqueles que impliquem na participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% do mercado relevante, ou em que qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Todavia, o CADE, através da sua Súmula n˚ 1, publicada no Diário Oficial da União de 18.10.2005, entendeu que, na aplicação do critério estabelecido no aludido artigo 54, é relevante o faturamento bruto anual registrado

exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupo de empresas participantes no ato de concentração. Tal entendimento, pelo qual tem o CADE se pautado, evita a apresentação de inúmeros processos que até então deviam ser submetidos ao CADE, apenas pelo fato de uma das empresas participantes da operação incorrer em faturamento no exterior equivalente ou superior a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Faz-se mister salientar que o próprio artigo 54 deixa evidente que muitos atos de concentração são passíveis de aprovação, uma vez presentes determinadas condições de fato e de direito que os possam justificar (aumento de produtividade, melhoria de qualidade, desenvolvimento tecnológico, não prejuízo direto à concorrência existente, e, sobretudo, benefícios evidentes ao consumidor em consequência de redução de preço). Observa-se, ainda, que o CADE pode subordinar sua aprovação, quando lícita e possível, à celebração de um "compromisso de desempenho", para que se possa instituir a obrigação dos interessados de cumprir efetivamente, sob certas penas, as metas expostas.

Para os fins dos processos da aprovação, prévios ou posteriores às transações mencionados no artigo 54 acima referido, o CADE emitiu, em 19 de agosto de 1998, sua Resolução nº 15 (revogada parcialmente pela Resolução nº 45, de 28 de março de 2007), que indica, com minúcia, as informações e documentos que devem instruir os pleitos, sendo certo que, em termos de documentação, o material solicitado é realmente da maior extensão e até de certa dificuldade de obtenção, posto que alguns, pelo menos, de nível internacional.

A parte final da Lei nº 8.884/94 chega a prever, em determinadas hipóteses, a possibilidade de intervenção nas empresas infratoras, por decretação judicial, nomeação de interventor, etc..

Projeto de Lei (nº 3937) para a alteração da Lei nº 8884, tramita no Congresso Brasileiro, esperando-se a sua aprovação ainda em 2011. Dentre os dispositivos propostos estão a inclusão de "práticas comerciais" como potenciais infrações à ordem econômica; eliminação da possibilidade de o CADE alterar o percentual de 20% como critério para presunção de posição dominante, conforme o setor da economia; ajuste do valor das multas; e notificação anterior à concretização dos atos de concentração (exame prévio) em lugar da notificação atual de 15 dias úteis após a operação.

A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

A legislação trabalhista no Brasil foi influenciada pelos reflexos das transformações na Europa, caracterizadas pela preocupação de inúmeros países em elaborar leis de proteção aos trabalhadores, e, principalmente, pelo compromisso assumido pelo Brasil perante a Organização Internacional do Trabalho, os quais somados a fatores internos importantes,tais como a política trabalhista do governo e o surto industrial que viveu o país na época, desencadearam a criação de uma série de leis.

Somente em 1943 foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sistematizando as leis esparsas existentes na época, acrescidas de institutos criados pelos juristas que a elaboraram.

A CLT é o ordenamento jurídico principal que rege as relações trabalhistas, possuindo mais de novecentos artigos. Dentre os capítulos que compõe a CLT, encontram-se as seguintes normas:

Normas Gerais de Tutela do Trabalho
- identificação funcional;
- duração do trabalho, salário mínimo e férias anuais;
- segurança e medicina do trabalho.

Normas Especiais de Tutela do Trabalho

- disposições especiais sobre duração e condições de trabalho;
- nacionalização do trabalho;
- proteção do trabalho da mulher e do menor.

Normas sobre contrato individual de trabalho

Normas sobre organização sindical

- instituição, enquadramento e contribuição sindical.

Normas sobre convenções coletivas de trabalho

Alem disso, a CLT traz todo ordenamento jurídico acerca da Justiça do Trabalho, tal qual o funcionamento e os órgãos que a compõem, prevendo ainda as normas que regem os processos trabalhistas no Brasil.

Apesar de a CLT ter sido promulgada em 1943, o ordenamento jurídico brasileiro, com o passar dos anos, se modernizou, tendo sido editadas inúmeras leis que regem determinadas matérias, como por exemplo a lei de greve, ou leis que apenas trouxeram nova redação aos artigos da CLT.

Com a promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988, além das normas trabalhistas devidamente consolidadas, novos direitos trabalhistas foram criados ou aperfeiçoados.

Em termos de legislação trabalhista, seja proveniente da CLT, de leis específicas ou da própria Constituição Federal, os direitos trabalhistas, em regra geral, são os seguintes:

1) salário mínimo;

2) jornada de trabalho máxima de 8 horas por dia e de 44 horas semanais;

3) intervalo para refeição e descanso de 15 minutos quando a jornada de trabalho diária for superior a 4 horas e inferior a 6 horas, e de no mínimo 1 hora e no máximo de 2 horas quando a jornada diária for superior a 6 horas;

4) irredutibilidade salarial;

5) seguro-desemprego;

6) 13º salário;

7) participação nos lucros e/ou resultados da empresa;

8) horas extras, até o limite de 2 horas extras diárias, remuneradas com adicional de 50% sobre a hora normal, ou com o adicional de 100% para trabalho nos domingos e feriados (esses percentuais poderão ser maiores, conforme estabelecido em convenção coletiva);

9) férias anuais de 30 dias acrescidas do terço constitucional;

10) licença-maternidade de 120 dias;

11) licença-paternidade de 5 dias;

12) aviso prévio de 30 dias em caso de demissão por justa causa ou pedido de demissão;

13) aposentadoria (tempo de contribuição, idade, invalidez);

14) reconhecimento da aplicabilidade de normas coletivas;

15) Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

16) direito de greve;

17) estabilidade provisória de membros da CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), de empregados portadores de doença ou que sofreram acidente de trabalho, de gestantes, etc.;

18) gorjetas;

19) comissões;

20) salário-família;

21) vale-transporte;

22) auxílio-creche;

23) adicional de insalubridade nos percentuais de 10%, 20% ou 40% sobre o salário mínimo vigente;

24) adicional de periculosidade no percentual de 30% sobre o salário;

25) redução da hora noturna de trabalho e adicional noturno no percentual de 20% sobre o salário quando o trabalho ocorrer entre as 22 horas e as 5 horas do dia seguinte;

26) adicional de transferência no percentual de 25% do salário do empregado;

27) repouso semanal remunerado;

28) seguro-desemprego; entre outros.

Existem outras fontes de direito que devem ser respeitadas pelo Poder Judiciário Trabalhista:

a) Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho;

b) Súmulas de Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST);

c) Normas editadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE); e

d) Convenções da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil.

Além dos direitos trabalhistas listados acima (itens 1 a 28), as normas coletivas (Acordos ou Convenções de Trabalho) podem prever outros direitos aos empregados, tais como: plano de saúde, auxílio-alimentação, vale-refeição, etc. As referidas normas coletivas podem prever ainda direitos mais vantajosos em relação àqueles previstos na lei, como por exemplo, adicionais de horas extras superiores aos adicionais legais (50% e 100%), aviso prévio superior a 30 dias, etc.

O TRABALHO DE ESTRANGEIROS NO BRASIL

De acordo com a Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980, o Ministério do Trabalho, por meio da Coordenadoria Geral de Imigração (CGIg), tem competência específica para a concessão de autorização de trabalho para estrangeiros conforme dispõe a Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980.

Questões envolvendo imigração apresentam um alto grau de discricionariedade das autoridades competentes e estão intimamente ligadas à soberania nacional. Portanto, refletem políticas governamentais e reciprocidade no tratamento.

O pedido de visto não cria qualquer direito de que este seja concedido e representa uma mera expectativa de direito.

Existem diferentes categorias de vistos definidos pela legislação brasileira, cuja aplicabilidade depende do motivo e da situação específica da viagem para o Brasil. Não é qualquer tipo de visto que permite o trabalho de estrangeiros no país. Em geral, não há restrições para

a concessão de vistos que digam respeito à nacionalidade do requerente e se esse possui esposa ou criança menor de 18 anos.

A legislação estabelece 7 (sete) categorias de visto:

- Trânsito;
- Turista;
- Temporário;
- Permanente;
- Cortesia;
- Oficial; e
- Diplomático.

Os vistos de Turista, Temporário e Permanente são os mais comumente utilizados para imigrar no Brasil.

11.1. Vistos para viagens de negócios de curto prazo e turistas

Cidadãos de alguns países necessitam de visto para viajar ao Brasil a negócios de curto prazo ou para fins de turismo. Os visitantes que vierem ao país com essas finalidades não poderão, em hipótese alguma, prestar qualquer tipo de serviço ou assistência técnica, tampouco receber qualquer tipo de remuneração no Brasil.

O visto para viagens de negócios poderá ser obtido no Consulado Brasileiro que tiver jurisdição sobre o local de residência do requerente. O pedido do visto de negócios deverá consistir basicamente no seguinte:

Carta de suporte da empresa que está requisitando a viagem do estrangeiro (tanto das empresas nacionais quanto das estrangeiras) constando:

- O objetivo da viagem e as atividades que serão desenvolvidas pelo estrangeiro no Brasil.
- Nomes, endereços e telefones dos contatos comerciais no Brasil.
- Data de chegada e data prevista para a saída.
- Garantia de responsabilidade moral e financeira pelo requerente durante sua permanência no Brasil.

O visto para viagens de negócios de curto prazo permite ao estrangeiro participar de reuniões, conferências, feiras e seminários, visitar clientes em potencial, realizar pesquisas de mercado ou atividades similares. Conforme já aventado acima, os detentores deste tipo de visto não devem trabalhar no Brasil, sob pena de aplicação de multa sobre a empresa requerente, bem como de deportação do estrangeiro.

No caso de visto para turistas, normalmente é necessária apenas passagem aérea de ida-e-volta e prova de capacidade financeira de manutenção durante a visita ao Brasil. Este tipo de visto aplica-se somente para fins turísticos, estando sujeitos às cominações acima descritas àqueles que extrapolarem sua finalidade.

Se for necessário um visto para o país ao qual o requerente se dirigirá ao deixar o Brasil, este visto já deverá constar no passaporte antes que seja solicitado o visto brasileiro.

O visto para os fins aqui mencionados é geralmente concedido em 24 horas. Este tipo de visto poderá ser concedido por prazo de validade de até 90 (noventa) dias consecutivos, a contar da data da primeira chegada no Brasil. Ele pode ser utilizado para múltiplas entradas durante o período para o qual foi concedido. Uma prorrogação por um máximo de 90 (noventa) dias poderá ser obtida junto às autoridades de imigração no Brasil, antes do vencimento do visto. Em qualquer hipótese, o estrangeiro não poderá permanecer no país por mais de 180 dias num período de 365 dias (note-se, não se trata de 1 ano-calendário, mas de 365 dias corridos).

11.2. Visto Temporário de Trabalho

Para pessoas que venham ao Brasil em caráter temporário para fins de trabalho, existem várias espécies de vistos que são cabíveis de acordo com cada situação ou circunstância. Listamos abaixo as principais características dos vistos aplicáveis às situações mais costumeiras:

(1) **Profissionais com Contrato de Trabalho com Empresa Brasileira.** Este visto é aplicável às pessoas que estarão temporariamente empregadas em uma empresa brasileira, em cargo que exija conhecimentos e "know-how" especializados não encontrados no Brasil. O visto pode ser concedido por um período de, inicialmente, até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogado por, no máximo, igual prazo. É necessário comprovar experiência profissional do estrangeiro de, no mínimo, 1 (um) ano na atividade que ele realizará no Brasil,

no caso deste possuir diploma de 3o grau. Não possuindo diploma, é necessário comprovar, no mínimo, 2 (dois) anos de experiência. Para exercer atividades laborais no Brasil, o estrangeiro deverá comprovar que possui elevado nível de conhecimento e ampla experiência profissional, além de habilidades gerenciais não facilmente encontradas nos profissionais disponíveis no mercado brasileiro. A empresa brasileira deve cumprir com a regra dos "2/3", que determina que 2/3 do número de cargos de empregados e do valor da folha de salários da empresa seja pertencente a cidadãos brasileiros, e deve apresentar, ainda, informações concernentes a sua estrutura salarial, assim como definir a remuneração do estrangeiro no exterior e no Brasil. É necessário que o candidato a este tipo de visto receba ao menos parte de sua remuneração no Brasil, sendo que a remuneração no país deve ser aproximadamente 25% maior do que o último salário do profissional no exterior.

(2) **Técnicos sem Vínculo Empregatício**. O visto técnico aplica-se a estrangeiros que venham ao Brasil prestar serviços de assistência técnica ou transferência de tecnologia com base em Acordo ou Contrato de Prestação de Serviços Técnicos ou Transferência de Tecnologia firmado entre empresas brasileira e estrangeira. Este tipo de visto não é apropriado para estrangeiros que venham desenvolver atividades meramente administrativas, financeiras ou gerenciais. No caso de empresas que não pertençam ao mesmo grupo econômico, o Contrato de Prestação de Serviços Técnicos ou Transferência de Tecnologia deverá ser registrado perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) anteriormente ao protocolo do pedido de visto. Neste caso, os estrangeiros não serão empregados da empresa brasileira e deverão receber sua remuneração inteiramente de fonte no exterior. A empresa brasileira deverá responsabilizar-se por todas as despesas médicas do estrangeiro e seus dependentes enquanto perdurarem suas atividades no Brasil. O visto poderá ser concedido pelo prazo de 1 (um) ano, podendo ser renovado por mais 1 (um) ano, desde que cumpridos os requisitos para prorrogação. Em casos de emergência, o visto técnico pode se concedido pelo Consulado Brasileiro com jurisdição sobre a residência do estrangeiro por um período não prorrogável de 30 (trinta) dias, uma única vez a cada período de 90 (noventa) dias. Emergência é definida como situação fortuita que coloque em risco iminente a vida, o meio ambiente, o patrimônio ou que tenha gerado a interrupção da produção ou da prestação de serviços da empresa brasileira.

(3) **Artistas e Desportistas**. O requerimento deste visto deverá ser submetido ao Ministério do Trabalho do Brasil pela organização brasileira que estiver patrocinando o evento para o qual estão sendo solicitados os serviços do estrangeiro. Também são necessárias informações acerca do evento e do respectivo contrato.

(4) **Jornalista Estrangeiro**. Este visto destina-se aos jornalistas estrangeiros trabalhando temporariamente no Brasil como correspondentes de empresa de comunicação estrangeira, que dará suporte ao requerimento de visto. O candidato não poderá receber seu salário no Brasil. O pedido do visto deve ser feito diretamente ao Consulado Brasileiro no exterior com jurisdição sobre a residência do estrangeiro.

(5) **Tripulantes em navios fretados, contratados para prestação de serviços ou arrendados**. São necessários para a obtenção do visto autorização para a operação do navio em águas nacionais e relatório da Marinha, além de cópia do respectivo contrato. Parte da tripulação deve ser formada por Brasileiros.

(6) **Cientistas pesquisadores**. Este visto é direcionado a professores, técnicos, cientistas e pesquisadores que pretendam realizar atividades em escolas ou universidades brasileiras, públicas ou privadas, ou ainda em instituições de pesquisa. Uma carta-suporte da entidade patrocinadora da vinda do estrangeiro é necessária, além do termo de admissão ou contrato de trabalho respectivo.

(7) **Assistência Social**. O visto temporário pode ser concedido por prazo de até 2 (dois) anos para estrangeiros que venham ao Brasil para prestar serviços religiosos ou de assistência social como voluntários. O estrangeiro não poderá receber remuneração pelo trabalho voluntário no Brasil.

O candidato para quaisquer dos tipos de vistos acima descritos, com exceção dos vistos para correspondentes e voluntários para serviços religiosos e de assistência social, deverá obter uma Autorização de Trabalho das autoridades brasileiras. É um ato administrativo, dentro da competência do Ministério do Trabalho, que perfaz uma exigência das Autoridades Consulares Brasileiras, de acordo com a legislação nacional, para a obtenção da concessão de vistos permanente e/ou temporário por parte de estrangeiros que desejem trabalhar no Brasil. Após a aprovação do pedido,

a autorização de trabalho será publicada no Diário Oficial da União, e o consulado designado será notificado, quando então o candidato estrangeiro poderá requerer a concessão do visto.

11.3. Outros tipos de Visto Temporário

Existem outros tipos de vistos que se aplicam a estrangeiros que venham ao Brasil para propósitos outros que não o trabalho. Nestes casos, os estrangeiros não poderão trabalhar nem receber qualquer remuneração de fonte brasileira. Listamos abaixo as principais características dos vistos aplicáveis às situações mais costumeiras:

(1) **Missão de Estudos e Missão Religiosa**. Visto concedido a religiosos com missões específicas no Brasil por até 1 ano.

(2) **Estudante**. Este visto poderá ser obtido no Consulado Brasileiro que tiver jurisdição sobre o local de residência do requerente. Estudantes estrangeiros em programas de intercâmbio devem apresentar documentos escolares e documentos relativos ao programa de intercâmbio.

(3) **Trainees**. Visto destinado a estrangeiros que pretendem vir ao Brasil para atender a programas de trainee durante o período de 12 meses após a graduação, sem a existência de relação de trabalho perante qualquer entidade nacional. É necessária a apresentação de comprovante de graduação nos últimos 12 meses da data de requerimento do visto, bem como comprovante de que qualquer espécie de remuneração será paga exclusivamente fora do Brasil.

(4) **Programas de Estágio**. Este visto destina-se a estrangeiros admitidos em programas de Estágio, incluindo empregados de companhias estrangeiras com subsidiárias no país, sem qualquer relação de trabalho com entidades brasileiras. É exigida a formalização de termo de compromisso entre a instituição brasileira, o estagiário e a entidade controladora do programa. Este visto tem a duração máxima de 1 ano.

(5) **Tratamento Médico-Hospitalar**. Disponível para estrangeiros que pretendam vir ao Brasil para fins de tratamento de saúde. Para a concessão do visto é necessária recomendação médica e comprovação de meios para custeamento do tratamento.

11.4. Visto de Trabalho Permanente

O visto de trabalho permanente pode ser emitido, basicamente, sob quatro circunstâncias: (i) relação familiar com cidadão brasileiro (casamento, filhos); (ii) aposentadoria, (iii) indicação para cargo de representação e administração em empresa brasileira (Diretor Estatutário); ou (iv) investidor estrangeiro – pessoa física.

(1) **Relação Familiar**. No caso do candidato(a) ser casado com cidadã(ão) brasileiro ou possuir filhos brasileiros, ele(a) pode requerer o visto permanente no Consulado Brasileiro no exterior, antes de vir para o país, ou pode requerê-lo no Ministério da Justiça no caso de já se encontrar no Brasil. Neste caso, o candidato(a) será autorizado a trabalhar em território nacional.

(2) **Aposentadori**a. O visto permanente pode ser concedido a estrangeiros que já tenham se aposentado no país de origem e desejem transferir sua residência para o Brasil. O estrangeiro deverá comprovar a capacidade de transferir, no mínimo, montante igual ou superior a R$6.000,00 (seis mil reais) por mês. No caso de existirem mais de 2 (dois) dependentes, será obrigatória a transferência em moeda estrangeira de adicionais R$ 2.000,00 (dois mil reais) por dependente excedente.

(3) **Diretor de Empresas**. O visto permanente também poderá ser concedido no caso de uma empresa estrangeira ter uma filial ou subsidiária no Brasil e, pretender transferir um diretor estatutário ou gerente para a empresa brasileira. Assim, indivíduos que serão permanentemente transferidos ao Brasil para trabalhar para uma filial ou subsidiária de uma companhia estrangeira na função de diretor ou gerente podem solicitar um visto de trabalho permanente. Para requerer um visto permanente para seu diretor ou gerente, a empresa deverá ter, no mínimo, investimento estrangeiro em montante igual ou superior ao equivalente a R$600.000,00 (seiscentos mil reais) por administrador, gerente, diretor ou executivo indicado. Alternativamente, o investimento mínimo poderá ser reduzido a R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por administrador, gerente, diretor ou executivo, caso a sociedade se comprometa a gerar dez novos empregos, no mínimo, durante os dois anos posteriores a instalação da empresa ou entrada do administrador, gerente, diretor ou executivo. O estrangeiro deve ser indicado como diretor estatutário da empresa brasilei-

ra, condicionando sua posse à obtenção do visto permanente, e, portanto, devendo ser confirmado no cargo posteriormente à concessão do visto. Caso o estrangeiro seja indicado a mais de um cargo de diretor estatutário em empresas do mesmo grupo econômico, as empresas deverão submeter o pedido de exercício do cargo em concomitância à aprovação do Ministério do Trabalho.

(4) **Investidor Estrangeiro**. O visto permanente poderá também ser concedido à pessoa física que comprovar investimento de, no mínimo, R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) em empresa brasileira já existente ou recém constituída. Excepcionalmente, o Ministério do Trabalho poderá conceder visto permanente para estrangeiro investidor que invista quantia inferior à R$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), desde que este apresente plano de absorção de mão-de-obra nacional detalhado relativo aos 5 (cinco) anos posteriores e que tal plano seja capaz de gerar, no mínimo, 10 (dez) novos empregos, entre outras obrigações.

Ademais, pessoas que trabalham no Brasil em caráter temporário (independentemente do fato de ser a companhia brasileira ou estrangeira) por 4 (quatro) anos também poderão solicitar a mudança da sua condição para permanente. Para obter autorização de trabalho permanente para um indivíduo que estiver trabalhando no Brasil em caráter temporário nestes termos, deverá ser feita prévia solicitação ao Ministério da Justiça com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência do término do período de 4 (quatro) anos.

11.5. Registros ao Ingressar no Brasil

Os estrangeiros que ingressarem em território nacional mediante visto de trabalho temporário ou permanente deverão registrar-se na Polícia Federal/Ministério da Justiça e obter o cartão de Identidade de estrangeiros dentro de 30 dias após a sua chegada no Brasil. Esta exigência se refere apenas a estrangeiros residentes no Brasil, imigrantes e residentes temporários que vêm a título de trabalho (artistas, desportistas, turistas ou pessoas a negócios de curto prazo não precisam registrar-se).

Os possuidores de visto de trabalho temporário ou permanente (salvo os acima excetuados) devem também se registrar perante a Fazenda Nacional para fins tri-

butários, sendo que toda a remuneração por estes recebida deve ser taxada em conformidade à legislação brasileira.

Os profissionais empregados por empresa brasileira devem obter sua Carteira de Trabalho em conformidade à legislação trabalhista nacional.

A empresa brasileira deverá apresentar a comprovação dos registros devidos ao Ministério do Trabalho no prazo de 90 (noventa) dias a contar da entrada do estrangeiro no Brasil.

Estrangeiros portadores de vistos permanentes e vistos temporários de trabalho para Profissionais com Contrato de Trabalho com Empresa Brasileira estarão sujeitos à tributação no Brasil a partir da sua entrada no país. Os demais portadores de vistos temporários serão considerados residentes fiscais no Brasil a partir do 183o (centésimo octogésimo terceiro) dia de permanência no país.

O visto de trabalho vincula o estrangeiro à empresa brasileira que foi responsável pela sua chamada. A mudança de empregador está sujeita à prévia aprovação do Ministério da Justiça e do Ministério do Trabalho.

Em sua saída definitiva do Brasil e respectiva repatriação, o estrangeiro deve apresentar à Receita Federal uma “Declaração de Saída Definitiva” e requerer o cancelamento de seu cadastro com o objetivo de suspender o recolhimento dos impostos ora devidos. A empresa brasileira deve informar ao Ministério do Trabalho o término do contrato de trabalho com o estrangeiro e sua repatriação para fins de cancelamento do visto e registro do estrangeiro.

11.6. Viagens Preparatórias para Trabalho Permanente ou Temporário

Pessoas que precisam vir para tratar exclusivamente de negócios no Brasil antes de obter a autorização de trabalho e o visto apropriado, poderão fazê-lo obtendo um visto de negócios de curto prazo. Entretanto, essas pessoas não poderão receber remuneração ou trabalhar no Brasil até que essa autorização e o devido visto sejam obtidos. Além disso, o visitante deverá obter o visto permanente ou temporário fora do Brasil perante o Consulado Brasileiro com jurisdição sobre a residência do estrangeiro.

11.7. Trabalho de Cônjuges e Filhos

Cônjuges e filhos acompanhantes poderão permanecer no país como dependentes do detentor do visto por todo o período por este concedido. Não poderão, entretanto, empregar-se ou realizar qualquer atividade de trabalho enquanto estiverem residindo no Brasil em caráter temporário, porém poderão fazê-lo se o visto for modificado para um de residência permanente.

Aquisição de bens imóveis no Brasil

12.1. Introdução

De acordo com a Lei Brasileira, a lei do país onde estão situados os bens é a lei competente para classificá-los e reger as relações a eles concernentes (lex rei sitae). No Brasil, as questões relativas a bens imóveis estão em grande parte disciplinadas pelo Código Civil Brasileiro ("CCB").

O CCB qualifica os bens sob o critério físico. Assim, os bens podem ser classificados em duas categorias gerais: móveis e imóveis. São considerados bens móveis aqueles que podem ser removidos por força alheia ou que possuem movimento próprio, sem que isso cause dano ou desvalorização do bem.

Bens imóveis são aqueles que por sua natureza de imobilidade ou fixação ao solo, seja natural ou artificial, não possam ser removidos no todo ou em parte, sem se desfazerem ou se destruírem, ou seja, sem alteração de sua substância. Na categoria de bens imóveis estão compreendidos o solo e tudo que lhe foi incorporado natural ou artificialmente.

Capítulo 12

A lei também confere tratamento de bens imóveis a alguns direitos. É o que ocorre com os direitos reais sobre coisas imóveis, as ações que asseguram os referidos direitos e o direito à sucessão aberta, ainda que a herança seja formada somente por bens móveis.

Em regra, o proprietário do solo será também proprietário do subsolo. Poderá assim efetuar construções em profundidade que lhe seja útil, por exemplo, para a construção de porões ou garagem subterrânea. Todavia, o proprietário não pode impedir que terceiros empreendam atividades em profundidade que não lhe cause risco, sobretudo se realizadas no benefício do interesse social (por exemplo, perfuração do solo para instalação de metrô, passagem de condutos subterrâneos, etc.).

O CCB não considera como propriedades do solo as jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica, os monumentos arqueológicos e outros bens referidos em leis especiais. Dessa forma, o CCB distingue o limite da propriedade do solo, da propriedade dos elementos do subsolo (recursos minerais e potenciais de energia hidráulica), reservados à União. Por essa razão, a exploração de recursos minerais e de potencial hidroelétrico requer autorização ou licença de exploração federal.

Regra semelhante à do subsolo rege o espaço aéreo. O proprietário do imóvel tem liberdade de construir verticalmente em seu terreno, desde que dentro das limitações legais (v.g., limites impostos pelas normas de zoneamento). Pode também impedir que haja construção alheia em seu terreno ou realização de obras que possam lhe causar dano ou colocá-lo em perigo. Não, pode, no entanto, impedir atividades que se realizem a certa altura que não acarretem risco a sua segurança (rota de aviões, instalações de cabos aéreos em altura segura, etc.).

Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras podem adquirir propriedades imóveis da mesma forma que as nacionais. No entanto, é importante ressaltar que de acordo com a Instrução Normativa n.º 1.005, de 8 de fevereiro de 2010, com redação dada pela Instrução Normativa n.º 1.097 da Secretaria da Receita Federal, de 13 de dezembro de 2010, pessoas físicas ou jurídicas não residentes deverão – previamente à aquisição de quaisquer propriedades imóveis localizadas no território nacional –, estar devidamente inscritas no Cadastro de Pessoas de Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas. Além disso, outras restrições deverão ser observadas, uma vez que os imóveis sujeitos da negociação não poderão estar localizados na

faixa costeira, em áreas fronteiriças ou em áreas designadas como sendo de segurança nacional.

Pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras também podem adquirir direitos reais relativos a imóveis. Áreas rurais poderão ser adquiridas, assim como direitos reais a elas relativos, desde que observadas certas restrições, que serão tratadas no item 12.3.3.

12.2. Posse e Propriedade

Os direitos mais importantes referentes aos bens são a posse e a propriedade:

(i) **Direito de Posse**. A posse advém da utilização do bem pelo sujeito como se dele fosse proprietário. A partir do momento em que o sujeito age em nome próprio e a sua conduta exterioriza um comportamento normal de dono, ele será possuidor do bem. Posse é, portanto, o direito de exercer os poderes inerentes à propriedade, como, por exemplo, o direito de reclamar, manter ou ser restituído na posse da coisa, o direito de perceber os frutos do bem (incluindo aluguéis e outros rendimentos relacionados à coisa), o direito de ser reembolsado pelas benfeitorias necessárias realizadas no bem e o direito de reter o bem em sua posse.

A posse se extingue quando cessa o poder exercido sobre a coisa ou a faculdade de exercer algum dos direitos inerentes à propriedade, mesmo contra a vontade do possuidor. Entre as hipóteses de perda da posse, destacam-se as seguintes: o abandono do bem, a transmissão da posse, a perda ou destruição do bem, ter sido ele (o bem) posto fora do comércio, a posse de outrem, a posse não ter sido mantida ou reintegrada no tempo previsto em lei, e o constituto possessório (i.e., quando um legítimo possuidor transfere a sua posse a outro e, ainda, conserva a coisa em seu poder, porém em nome do adquirente da posse).

(ii) **Direito de Propriedade**. É o mais relevante de todos os direitos referentes aos bens, e o CCB o define como sendo o direito do indivíduo de usar, gozar e dispor da coisa e de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. É um direito absoluto e exclusivo.

A propriedade será plena quando todos os direitos que lhe são inerentes (usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la) encontram-se reunidos na pessoa do titular.

> Será limitada quando estiver desprovida de algum daqueles direitos, que será exercido por outra pessoa. Note-se, entretanto, que na hipótese do condomínio (ou co-propriedade), em princípio, não haverá propriedade limitada, mas plena. No condomínio, cada proprietário tem direito de propriedade sobre a fração ideal de um bem. Em regra, os direitos elementares à propriedade podem ser exercidos, ao mesmo tempo, por todos eles, em relação a um mesmo bem.

O direito de propriedade pode ser limitado em razão de interesse público ou em razão de respeito aos direitos de propriedade de terceiros, nas seguintes situações:

- a desapropriação de bens particulares pelo Poder Público (transferência obrigatória de propriedade para a autoridade expropriante mediante indenização);
- as restrições impostas pelas divisões da zona urbana (zoneamento), como, por exemplo os limites referentes à construção de prédios, instalação de indústrias, etc., estabelecidos pelo plano diretor do município onde se localiza o bem);
- restrições impostas em razão do interesse e segurança nacional, como a proibição de aquisição por particulares de terras compreendidas na faixa de 150 quilômetros das fronteiras nacionais e na faixa costeira; e
- restrições ao direito de disposição dos bens, para proteger o direito dos credores, no caso do proprietário ser insolvente, ter falência decretada ou recuperação judicial deferida.

12.3. Aquisição e Perda da Propriedade

12.3.1. Disposições Gerais

De acordo com a lei brasileira, a propriedade de bens imóveis é constituída após o registro do título translativo que formalizou a aquisição da propriedade no Registro de Imóveis do lugar onde o imóvel está situado.

Enquanto o contrato que envolva a aquisição de propriedade de um bem imóvel não for devidamente registrado junto ao Registro de Imóveis competente, este só produzirá efeitos entre as partes contratantes e, portanto, não será oponível contra terceiros.

Adquire-se a propriedade de um bem imóvel pelo registro do título translativo da propriedade, decorrente de qualquer ato, como: (i) a transmissão do bem por ato inter

vivos; (ii) por acessão (que é o aumento do terreno decorrente, por exemplo, de deslocamento de uma faixa de terra causada por forças naturais); (iii) pela usucapião (que é a aquisição da propriedade pela posse contínua e pacífica, com animus de dono, do bem por um período de tempo estipulado por lei); e (iv) por direito hereditário.

No sistema de registro de imóveis, vigora, entre outros, o princípio da prioridade. Segundo ele, tem prioridade aquele sujeito que primeiro obtém o registro. Também deverão ser registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente quaisquer títulos que importem na modificação, extinção, transmissão ou criação de direitos sobre propriedades imóveis, tais como: (i) julgados que puserem fim à indivisão de um bem, nas ações divisórias; (ii) sentenças que adjudicarem bens de raiz como pagamento das dívidas da herança, nos inventários e partilhas; (iii) arrematações e adjudicações em hasta pública; e (iv) sentenças de separação, divórcio e nulidade de casamento, quando estiver envolvida no ato a distribuição de propriedades sobre bens imóveis e de direitos reais a eles relativos.

As principais causas de extinção da propriedade sobre bens imóveis são:

(i) desapropriação, que é o ato unilateral do Poder Público, por meio do qual é realizada a transferência da propriedade de um indivíduo à autoridade expropriante, mediante a indenização do proprietário, em razão de interesse público;

(ii) transferência, que é a transmissão, a qualquer título, a terceiro (por ato inter vivos, mortis causa, a título oneroso ou gratuito, etc.);

(iii) renúncia (se o herdeiro renuncia à herança, por exemplo); e

(iv) abandono ou a destruição do bem.

12.3.2. Considerações e Requisitos Gerais para a Aquisição de Bem Imóvel

No tráfego negocial, a forma mais usual de aquisição por ato inter vivos de um bem imóvel no Brasil é aquela acordada entre o vendedor e o comprador mediante um contrato de compra e venda.

Se a propriedade é adquirida por um único comprador, ou seja, sem a constituição de condomínio, este terá então o direito de propriedade absoluto sobre o bem. No caso de aquisição por mais de um comprador, com a constituição de condomínio, cada condômino tem o direito de exercer todos os direitos de propriedade, desde que compatíveis com a indivisibilidade da coisa (por exemplo, um dos condôminos não pode alienar o bem sem a anuência dos demais, devendo ser distribuído entre todos eles o preço da venda do imóvel).

A Lei n.º 4.591/64 regulava o condomínio de apartamentos e/ou salas para escritórios, onde em único terreno são construídos vários apartamentos e/ou salas, constituindo cada um uma unidade autônoma e uma fração do terreno, sendo inaplicável nesse caso a indivisibilidade anteriormente mencionada. O CCB alterou profundamente a Lei n.º 4.591/64, mantendo, no entanto, o mesmo conceito. Dentre as inovações, destaque-se a nova disciplina de aplicação de multas aos condôminos que deixem de cumprir os deveres inerentes a sua condição (contribuir para despesas comuns, não realizar obras que comprometam a segurança da edificação, não utilizar suas partes de maneira prejudicial ao sossego, etc.).

Além dos requisitos específicos para a transferência de propriedade imóvel no Brasil, a Lei Brasileira exige, como em qualquer tipo de contrato, que as partes de um contrato de compra e venda de bem imóvel possuam a capacidade geral para a realização de qualquer ato jurídico, ou seja, sejam maiores, capazes, ou estejam devidamente representadas.

É aconselhável, ainda, que a aquisição de um bem imóvel seja precedida da análise da situação desse bem e de seus então proprietários, com vistas a evitar que fatos alheios ao conhecimento do comprador venham a prejudicar a transação e, até mesmo, resultar na anulação ou ineficácia do negócio jurídico celebrado. Para tanto, recomenda-se a obtenção e análise de (i) cópia da matrícula atualizada do imóvel com certidão vintenária, e negativa de ônus e de ações reipersecutórias; (ii) certidões negativas fiscais relativas aos tributos incidentes sobre o imóvel (IPTU, por exemplo); (iii) certidões negativas fiscais relativas aos proprietários; (iv) certidões obtidas junto aos cartórios de distribuição judicial estaduais e federais, a fim de verificar a existência de eventuais processos judiciais envolvendo o imóvel ou que possam comprometer o patrimônio do proprietário (impedindo, assim, a alienação do imóvel ou resultando no desfazimento do negócio).

12.3.3. Aquisição de Propriedade Rural por Estrangeiros

De acordo com a legislação Brasileira, é considerado imóvel rural o prédio rústico, de área contínua, qualquer que seja sua localização, que se destine à exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agro-industrial, seja pela iniciativa privada ou através de planos públicos de valorização.

O estrangeiro pessoa física residente no exterior não poderá adquirir terras no Brasil, não se aplicando tal restrição no caso de aquisição por sucessão legítima (vale dizer, se o estrangeiro for chamado a receber o imóvel rural do seu proprietário anterior na qualidade de herdeiro).

A aquisição de propriedade rural por estrangeiros residentes no país ou pessoas jurídicas estrangeiras autorizadas a operar no Brasil é regulada por estatutos específicos.

De acordo com a legislação em vigor, o estrangeiro pessoa física residente no Brasil:

- é livre para adquirir ou arrendar 1 (um) imóvel rural com dimensão que não exceda 3 (três) módulos de exploração indefinida ("MEI"). O MEI é uma unidade de medida de área determinada pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA para zonas geográficas que possuam características socioeconômicas e ecológicas homogêneas, conforme o tipo de exploração rural que nela possa ocorrer;
- depende de autorização do INCRA para adquirir ou arrendar imóvel rural maior do que 3 (três) MEI; e
- não pode adquirir nem arrendar terras rurais que excedam a extensão equivalente a 50 (cinquenta) MEI.

Restrições semelhantes àquelas aplicáveis à pessoa física estrangeira residente no país são oponíveis às pessoas jurídicas estrangeiras, estabelecendo a legislação em vigor que:

- somente poderão adquirir ou arrendar propriedade rural para fins de desenvolvimento e implementação de projetos agro-pecuários, industriais ou de colonização, e somente será concedida a autorização para a aquisição da propriedade rural se o desenvolvimento de tais projetos fizer parte do objeto social das empresas estrangeiras interessadas. Os projetos dependem para sua

implementação de aprovação do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) e, dependendo da natureza do projeto (industrial, de colonização, agrícola, etc.), outros órgãos federais poderão ser ouvidos também; e
- a aquisição ou arrendamento de imóvel rural com área superior a 100 MEI está subordinada à autorização por parte do Congresso Nacional.

Ainda, a soma das áreas rurais pertencentes a estrangeiros e equiparados não pode ultrapassar a 25% da superfície dos municípios em que se situem. Estrangeiros de mesma nacionalidade (e equiparados) não podem ser proprietários (ou arrendatários) de mais de 40% desse limite de 25% da superfície dos municípios que ocupem.

Todas essas restrições são aplicáveis também para o caso de transferências de imóveis rurais em decorrência de operações societárias (fusões, incorporações, aquisições, alteração do controle acionário. etc.).

Negócios jurídicos imobiliários realizados em violação às restrições legais são nulos de pleno direito.

O Presidente da República, por meio de decreto especial, poderá autorizar a aquisição de propriedade rural por empresas estrangeiras sob condições não previstas na lei em vigor, nos casos em que tal aquisição seja importante para a implementação de projetos para o desenvolvimento nacional.

A aquisição de propriedades rurais por empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro, por sua vez, é tema que gera grandes discussões desde meados do ano de 2010.

A Emenda Constitucional n. 6 de 1995 revogou o artigo 171 da Constituição, que permitia a diferenciação de tratamento a empresas constituídas sob as leis brasileiras, conforme fossem empresas brasileiras de capital nacional cujo controle direto ou indireto fosse detido por pessoas físicas residentes no país ou não, ou seja, que tivessem o controle direto ou indireto detido por estrangeiros. Desde então, não mais se discutia a legalidade da aquisição de imóveis rurais por empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro.

Em agosto de 2010, contudo, a Advocacia Geral da União emitiu parecer sustentando a compatibilidade do texto constitucional com o artigo 1º da Lei nº 5.709/71, que

sujeita as empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro ao mesmo regime estabelecido para as empresas estrangeiras. Após ter sido aprovado pelo Presidente da República, ainda em 2010, o referido parecer adquiriu caráter normativo e vinculante para todos os órgãos da Administração Federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Em face desse novo cenário, portanto, atualmente as empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro também se submetem às mesmas restrições impostas às sociedades estrangeiras.

12.4. Tributação

12.4.1. Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis – ITBI

O ITBI é o imposto de competência dos municípios que incide sobre todas as transmissões inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais a eles relativos (exceto os direitos reais de garantia), bem como cessão de direitos a sua aquisição. Apenas como exemplo, a alíquota hoje estabelecida para o Município de São Paulo varia de 0,5% a 2% sobre o valor da transferência.

O ITBI não incide quando a transferência do bem imóvel ou dos direitos a ele relativos é realizada para integralização do capital social de empresas, ou quando decorrente de uma fusão, incorporação, cisão ou extinção de uma pessoa jurídica, exceto se a comercialização, o arrendamento mercantil ou a locação de bens imóveis seja a atividade preponderante da pessoa jurídica incorporada, fundida, cindida ou extinta, devendo-se observar as disposições da legislação municipal aplicável.

12.5. Fundos de Investimento Imobiliário

Os Fundos de Investimento Imobiliário foram criados com o objetivo de incentivar o desenvolvimento de empreendimentos imobiliários para posterior venda ou locação. Os Fundos de Investimento Imobiliário passaram a ser regulamentados pela legislação brasileira a partir da década de 90, por meio da Lei 8.668/93, atualizada pela Lei 9.779/99. A Instrução nº 472/2008 da Comissão de Valores Mobiliários ("CVM"), com redação dada pela Instrução nº 498/2011 regula a constituição, ad-

ministração, funcionamento e oferta pública de cotas e a divulgação de informações dos Fundos de Investimento Imobiliário.

Os Fundos de Investimento Imobiliário têm sido muito utilizados ultimamente como meio de angariar recursos para a construção de Shopping Centers e grandes obras de infraestrutura por todo o Brasil. Anteriormente, eram utilizados para estes fins os recursos dos Fundos de Pensão, mas atualmente os Fundos de Pensão estão investindo neste setor indiretamente, por meio de transações realizadas por meio das participações nos Fundos de Investimento Imobiliário.

Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas estrangeiras podem adquirir estas participações. O investimento estrangeiro, devidamente registrado perante o Banco Central do Brasil, possibilita a posterior remessa do investimento e dos respectivos ganhos para o exterior. De acordo com a legislação vigente, os rendimentos e ganhos de capital decorrentes do investimento em Fundos Imobiliários, bem como os ganhos de capital e rendimentos auferidos na alienação das respectivas quotas estão sujeitos ao IR, à alíquota de 20%.

Legislação Ambiental

13.1. Legislação Pertinente

A legislação ambiental brasileira é uma das mais avançadas do mundo. A Constituição Federal dedica o Capítulo VI ao tema, estabelecendo que todos os brasileiros têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de uso comum e essencial, cabendo ao Poder Público e a sociedade o dever de defende-lo e preservá-lo.

Estados e Municípios também tem competência para legislar em matéria ambiental. O legislador federal atribuiu caráter regional ao tratar esse tema na Constituição Federal.

A União, contudo, tem competência exclusiva para legislar sobre águas, energia, mineração, biotecnologia e atividade nuclear.

Segundo a Constituição Federal, é dever do Estado:

- Preservar e recuperar as espécies e os ecossistemas;

- Preservar a variedade e a integridade do patrimônio genético, supervisionando as entidades envolvidas em pesquisa e manipulação genética;
- Proporcionar educação ambiental em todos os níveis escolares, orientando quanto à necessidade de preservação do meio ambiente;
- Definir as áreas territoriais a serem protegidas;
- Exigir estudo de impacto ambiental para instalação de qualquer atividade que possa causar significativa degradação ao meio ambiente.

Além da Constituição Federal, merecem destaque as seguintes normas:

(a) Legislação Federal

- Código Penal (Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940)
- Código Florestal (Lei nº 4.771 de 1965)
- Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605 de 1998): Estabelece as sanções administrativas e penais aplicáveis as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tais como desmatamento, operar sem a devida licença ambiental; emitir poluentes acima dos limites permitidos por lei; etc.
- Lei 6.938 de 1981: Dispõe sobre as reparações civis decorrentes dos atos lesivos ao meio ambiente.
- Lei 7.347 de 1985: Institui a Ação Civil Pública por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico.
- Decreto 99.274 de 6 de junho de 1990: Dispõe sobre as Áreas de Proteção Ambiental (APA) e Política Nacional de Meio Ambiente;
- Decreto nº 3.179 de 1999: Regulamenta a Lei de Crimes Ambientais;
- Lei nº 9.960 de 2000: Estabelece preços a serem cobrados pelo IBAMA e cria a Taxa de Fiscalização Ambiental – TFA;
- Lei nº 11.105 de 2005: Conhecida como a Lei de Biodiversidade, regulamenta o artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas de fiscalização das atividades envolvendo OGM – Organismos Geneticamente Modificados e cria o Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS).

(b) Legislação Estadual

Constituição dos Estados

(c) Legislação Municipal

Lei Orgânica dos Municípios e do Distrito Federal

Em caso de divergência entre as legislações ambientais, deve prevalecer aquela que melhor tutela o meio ambiente, ou seja, a de caráter mais restritivo.

13.2. Política Nacional do Meio Ambiente

Criada em 1981, reconhece que a proteção jurídica ao meio ambiente demanda ações descentralizadas, onde Estados e Municípios se tornam executores de medidas e tomadores de providências.

13.3. Órgãos ambientais e suas funções

A proteção ao meio ambiental é feita, em escala federal, pelos órgãos públicos listados abaixo e que juntos compõe o SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente:

- Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA: Órgão normativo, consultivo e deliberativo.
- Ministério do Meio Ambiente: Coordena, supervisiona e controla a Política Nacional de Meio Ambiente.
- Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA: Órgão executivo, que fiscaliza a atividade empresarial em caráter nacional.

Além de outros órgãos públicos federais, fundações e órgãos dos poderes executivos estaduais e municipais, tais como o CETESB (Companhia de Tecnologia em Saneamento Ambiental), em São Paulo e o INEA (Instituto Estadual do Ambiente), no Rio de Janeiro.

13.4. Definições

Para melhor compreensão da legislação ambiental, algumas expressões precisam ser definidas:

(a) Dano Ambiental: É a lesão aos recursos ambientais com a consequente degradação, alteração adversa ou prejuízo ao equilíbrio ecológico.

(b) Estudo e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA): Estudo e respectivo relatório que tem como objetivo avaliar as alterações nas propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causadas por qualquer forma de matéria ou energia resultante de atividades humanas, e que possam afetar direta ou indiretamente a saúde, o bem estar e a segurança da população.

(c) Poluição: É a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, o bem estar e a segurança da população. É obrigatório o registro no Cadastro Técnico Federal, administrado pelo IBAMA, de qualquer a Atividade que seja potencialmente poluidora ou que utilize recursos ambientais.

(d) Área de Proteção Ambiental (APA): É uma área em geral extensa, com pequeno grau de ocupação humana, dotada de atributos abióticos, bióticos, estéticos ou culturais, especialmente importantes para a qualidade de vida e o bem-estar das populações humanas. Tem como objetivo básico proteger a diversidade biológica, disciplinar o processo de ocupação e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais. Pode ser estabelecida em área de domínio público ou privado, pela União, estados ou municípios, não sendo necessária a desapropriação das terras.

13.5. Licenciamento Ambiental

O licenciamento ambiental é ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente (seja ele federal, estadual ou municipal) estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser observadas pela empresa e seus sócios, para instalação, ampliação, operação de empreendimentos ou atividades que utilizem recursos naturais e que sejam consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, ou que, de alguma forma, possam causar degradação ao meio ambiente.

Algumas atividades, em razão do impacto que causam ou possam vir a causar no meio ambiente, exigem a obtenção de Licença Prévia (LP), ou seja, antes do inicio das obras.

Compete ao IBAMA conceder licença ambiental quando o empreendimento tem impacto regional ou nacional, provocando alteração adversa das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente. Compete, não obstante, ao órgão ambiental estadual, a concessão de licenciamento ambiental aos empreendimentos e atividades que se situem em mais de um município, ou cujo impacto ambiental ultrapasse os limites territoriais de um ou mais municípios.

Caso o empreendimento ou atividade cause impacto ambiental local, isto, apenas dentro do limite do território municipal, compete aos órgãos municipais à concessão ou não da licença. Alguns municípios, em razão da precária estrutura administrativa, transferem ao órgão estadual a competência para concessão de licenças.

A Resolução 237 de 1997 do CONAMA estabelece as atividades e empreendimentos que obrigatoriamente estão sujeitas a obtenção de licenciamento ambiental:

- Extração e tratamento de minerais;
- Indústria de produtos minerais não metálicos;
- Indústria metalúrgica;
- Indústria mecânica;
- Indústria de material de transporte;
- Indústria da madeira;
- Indústria de papel e celulose;
- Indústria da borracha;
- Indústria de couros e peles;
- Indústria química;
- Indústria de produtos de matéria plástica;
- Indústria têxtil, de vestuário, calçados e artefato de tecidos;
- Indústria de produtos alimentares e bebidas;
- Indústria e fumo;
- Indústrias diversas;
- Obras civis;
- Serviço de utilidade pública (energia e resíduos);
- Transporte, terminais e depósitos;
- Turismo;
- Atividades agropecuárias;
- Uso de recursos naturais;

O procedimento administrativo de licenciamento ambiental compreende a obtenção das seguintes licenças:

(a) Licença Prévia (LP): Emitida na fase de planejamento de uma atividade, contêm as exigências básicas a serem atendidas pelo projeto para a sua localização, instalação e funcionamento, com base nas regras de uso do solo, zoneamento industrial e legislação urbanística.

(b) Licença de Instalação (LI): Documento emitido após a análise do projeto executivo do empreendimento e da apresentação dos projetos que demonstrem o cumprimento das exigências impostos pela licença previa; das soluções adotadas para a neutralização, mitigação ou compensação dos impactos ambientais e os procedimentos de controle ambiental. A obtenção desta licença autoriza a execução dos projetos aprovados.

(c) Licença de Operação (LO): Documento que autoriza o início das atividades de uma determinada indústria ou empreendimento, uma vez verificado o correto funcionamento dos equipamentos de controle de poluição.

O CONAMA poderá, ainda, exigir a apresentação de licenças específicas, em razão da natureza da atividade ou empreendimento, como por exemplo:

- Autorização de supressão de vegetação;
- Autorização de uso de Áreas de Preservação Permanente – APP;
- Outorga de uso de recursos hídricos;
- Exploração de recursos minerais;
- Produção e utilização de minerais nucleares e utilização de energia nuclear;
- Empreendimentos de geração e transmissão de energia elétrica;
- Empreendimento de prospecção, exploração e refinamento de petróleo;
- Uso de áreas de propriedade da União;
- Patrimônio histórico e artístico nacional;
- Populações e áreas indígenas;
- Cultura afro-brasileira;
- Coordenação geral de unidades de conservação; e,
- Prévia avaliação e recomendação da Fundação Nacional de Saúde FUNASA

De acordo com a Lei 9.960 de 2000, todos os custos dos serviços de licenciamento, análise ambiental e elaboração do EIA-RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e do

Relatório de Impacto Ambiental) deverão ser suportados pelo requerente, ainda que a licença não seja concedida. Os valores, que poderão ser parcelados, correspondem a cada um dos serviços realizados pelo órgão público competente e são proporcionais ao impacto ambiental provocado pela atividade.

Para saber mais, acesse: www.ibama.gov.br, www.inea.gov.br ou www.cetesb.sp.gov.br

13.6. Tutela e Responsabilidade Ambiental

Os atos dos cidadãos e das empresas lesivos ao meio ambiente geram responsabilidade na esfera administrativa, civil e penal, conforme estabelece a Lei de Crimes Ambientais.

Toda conduta danosa precisa ser reparada, ainda que tolerada pelos padrões legais, como é o caso da emissão de resíduos poluentes.

(a) Tutela Civil

A responsabilidade civil pelo dano ambiental é extracontratual, objetiva e solidária, com base na Constituição Federal (artigo 225), na Lei 6.938/81 (artigo 14) e no Código Civil (artigo 942):

- Extracontratual, porque independe do vinculo existente entre as partes;
- Objetiva, porque independe de culpa do agente, sendo necessária apenas a comprovação do dano e a ligação com o agente; e
- Solidária, porque pode alcançar mais do que uma pessoa, física ou jurídica. Se a empresa não possuir bens suficientes para reparar os danos ambientais causados, caberá os sócios efetuar a reparação.

(b) Tutela Administrativa

Em razão do dever do Poder Público de preservar o meio ambiente, seja por meio do poder de policia (de fiscalização), seja pelo poder de regulamentar (criar, regulamentar e extinguir leis e normas), podem ser adotadas diversas medidas de natureza administrativa, como, por exemplo: tombamento de bens públicos e privados; a exigência de apresentação de relatório de impacto ambiental, restrições e limitação ao direito de construir, entre outros.

Identificada uma infração, é lavrado auto de infração ambiental, indicando a regra jurídica violada e em seguida, apurada em processo administrativo próprio.

A Lei de Crimes Ambientais, regulamentada pelo Decreto 3.179 de 21 de setembro de 1999, estabeleceu o rol de sanções administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

(a) Advertência;

(b) Multa simples ou diária, de até R$ 50 milhões;

(c) Apreensão, destruição, inutilização ou suspensão da venda dos produtos; utilizados na infração;

(d) Embargo, suspensão ou demolição da obra ou atividade irregular;

(e) Obrigação de reparação;

(f) Restrição de direitos;

(g) Suspensão ou cancelamento do registro;

(h) Licença, permissão ou autorização de empresa irregular;

(i) Perda, restrição ou suspensão de incentivos e benefícios fiscais e de linhas; de financiamento em estabelecimentos oficiais de créditos; e,

(j) Proibição de contratar com a Administração Pública pelo período de 3 anos;

(c) Tutela Penal

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam essas pessoas físicas ou jurídicas (na pessoa dos sócios, administradores, diretores, membros do conselho, prepostos, procuradores, gerentes ou auditores), às sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparação de danos causados.

É recomendável que os empreendedores delimitem contratualmente a responsabilidade civil por danos materiais com as empresas subcontratadas, de modo a responsabilizá-las pela conduta danosa.

A Lei de Crimes Ambientais estabelece os crimes e suas respectivas penas. As pessoas físicas são aplicáveis penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e multas; às pessoas jurídicas são aplicáveis multas, penas restritivas de direito e prestação de serviço à comunidade.

Constitui crime ambiental a caça de animais silvestres; o desmatamento em área de proteção, sem a devida autorização; provocar incêndio em matas e florestas e a poluição de rios e mananciais, entre outras condutas lesivas ao meio ambiente.

(d) Tutela Jurisdicional

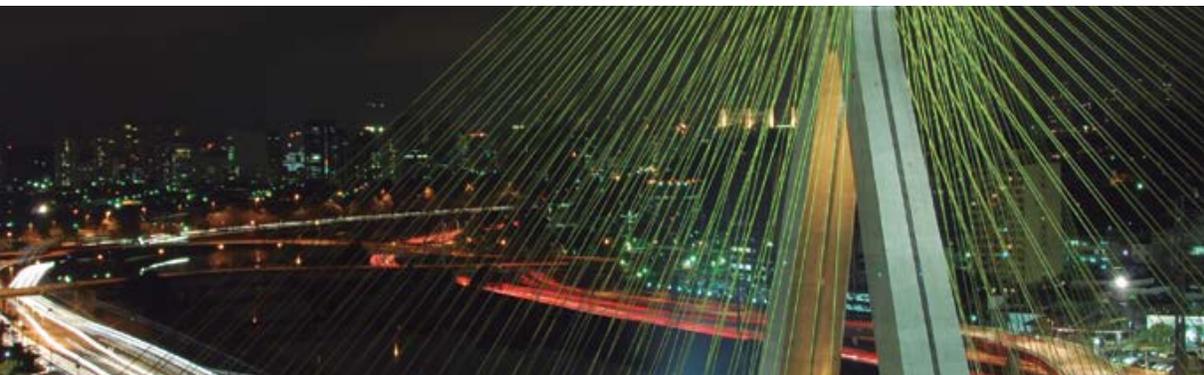
Por meio de uma ação civil pública (instituída pela Lei 7.347 de 1985) é possível tutelar os valores ambientais, responsabilizando por danos causados ao meio ambiente e ao patrimônio de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

É parte legitima para propor este tipo de ação, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, Estados, Municípios, Autarquias, Empresas e Fundações Públicas, além das Organizações Não Governamentais (ONG).

O § 6° do artigo 5º da Lei 7.347/85 que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente estabeleceu que os órgãos públicos poderão firmar com os interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, estabelecendo penalidades e que terá eficácia de titulo executivo extrajudicial, denominado Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

De modo geral, as infrações à legislação ambiental permitem transação com o Ministério Público, entidade responsável pela defesa do meio ambiente e pela aplicação das penas no âmbito criminal. É preciso, contudo, obedecer a determinadas condições quando à gravidade da infração praticada.

Outras ações judiciais também podem ser propostas visando à proteção do meio ambiente e o desenvolvimento de atividades e empreendimentos sustentáveis. É o

caso da Ação Popular, do Mandado de Segurança Individual e Coletivo e da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

LICITAÇÃO, CONTRATAÇÃO DE OBRAS, SERVIÇOS, COMPRAS E ALIENAÇÕES PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

14.1. Introdução

Preliminarmente, cabe mencionar que a licitação é o procedimento administrativo formal que permite ao Estado selecionar o melhor contratante, que lhe deverá prestar serviços, construir obras, fornecer ou adquirir bens. Através dela, a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse.

A adoção do procedimento licitatório e a observância dos princípios que lhe são correlatos é imperativa ao Administrador Público. A Constituição Federal Brasileira estabelece em seu artigo 37, inciso XXI, que as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União,

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante licitação pública, observadas, contudo, as exceções previstas em legislação específica, quando, então, poderá ter lugar a figura da contratação direta.

O artigo 175 da Constituição de 1988, por seu turno, exige a licitação para a concessão e permissão de serviços públicos, às quais se aplica a Lei no 8.987/95, com as alterações da Lei no 9.648/98. Note-se que a permissão, classicamente um ato administrativo discricionário, precário e revogável a qualquer tempo, não se sujeitava à licitação, exigência que passou a ser feita no texto Constitucional. Daí porque, a Lei no 8.987/95, ao regulamentar a matéria, determinou sua formalização mediante contrato administrativo de adesão, mantidas as características de precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder permitente.

A Lei no 8.666, de 21.06.93, e suas alterações extensivas na Lei n°. 12.349 de 15.12.10, regulamenta o inciso XXI do artigo 37 mencionado, instituindo as normas gerais para licitações e contratos da Administração.

Modalidade de licitação é a forma específica de conduzir o certame licitatório, partindo-se de critérios previamente definidos em lei. O principal fator a ser considerado para escolha da modalidade de licitação é o valor estimado do contrato a ser firmado. Há, contudo, hipóteses em que a complexidade do objeto prepondera sobre o valor da contratação. De qualquer forma, independente da modalidade adotada, será sempre observada a supremacia do interesse público sobre o privado, de maneira a alcançar o resultado mais eficiente para a Administração Pública e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, assim entendido, como a relação inicialmente pactuada pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra ou do serviço adjudicado.

14.2. Modalidades

As modalidades de licitação estão previstas no art. 22, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, vedada a criação de outras modalidades ou a combinação daquelas então arroladas. São elas: (i) concorrência; (ii) tomada de preço; (iii) convite; (iv) concurso; e (v) leilão. Além dessas modalidades o legislador federal acrescentou o pregão, disciplinado pela Lei no 10.502, de 17 de julho de 2002.

A concorrência é utilizada nas compras ou alienações de bens imóveis,concessões de uso e prestação de serviços ou construção de obras públicas, nos casos em que os valores forem superiores a R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), bem como para obras e serviços de engenharia superiores a R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Essa é a modalidade utilizada nas licitações internacionais, quando o órgão ou entidade não dispuser de cadastro internacional de fornecedores, hipótese em que se poderia adotar a tomada de preços.

Na concorrência o procedimento da licitação é mais complexo, sendo inclusive necessário comprovar a capacidade de cumprir os requisitos mínimos presentes no edital de licitação na chamada etapa de habilitação, momento no qual foram sido recebidas as propostas comerciais.

A tomada de preços, bastante semelhante à concorrência, é a modalidade pela qual a avaliação dos interessados se dá de forma prévia, uma vez que estes devem estar cadastrados antes do recebimento das propostas comerciais. Os limites de contratação são de até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia, e de R$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços diversos dos de engenharia.

O convite é a modalidade na qual são convidados interessados da atividade pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos em número mínimo de 03 (três), sendo possível aos demais cadastrados requererem a participação no procedimento. Dentre as modalidades licitatórias, o convite é a que envolve os serviços de menor valor, alcançando um valor máximo de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras de engenharia e de obras, e de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para as demais.

O concurso, por sua vez, se destina a selecionar trabalhos técnicos e artísticos, entre quaisquer interessados, sendo o pagamento efetuado por prêmios ou remuneração aos vencedores.

O leilão é a modalidade reservada à alienação, para qualquer interessado, de bens que não sejam de utilização do poder público, bens apreendidos, bens penhorados, ou ainda bens derivados de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, pelo melhor preço (lance) oferecido à administração a partir do valor mínimo de avaliação.

Por fim, o pregão foi instituído para regulamentar as contratações que envolvam o fornecimento de bens ou serviços comuns, ou mesmo de bens ou serviços prestados de forma parcelada ou rotineira, sem limite de valor. Tais contratações são feitas em sessão pública por meio de propostas de preços escritas e lances verbais, visando à compra mais econômica, segura e eficiente.

Admite-se a realização do pregão por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação (pregão eletrônico, não presencial). Entretanto, exclui-se do âmbito do pregão a contratação de obras e serviços de engenharia, locação ou alienação imobiliária.

Contudo, qualquer que seja a modalidade licitatória adotada deve-se sempre obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a igualdade de condições a todos os participantes frente ao instrumento convocatório, bem como fixando-se exigências de qualificação técnica e econômica e mantendo-se as condições efetivas da proposta.

14.3. Autorização, concessão e permissão de serviço público

A Constituição Federal, em seu artigo 21, incisos XI e XII, estabelece que os seguintes serviços devem ser explorados pela União Federal: (i) serviços de telecomunicações e radiodifusão; (ii) serviços relacionados à energia elétrica e ao aproveitamento energético dos cursos de água; (iii) navegação aérea, aeroespacial e infra-estrutura aeroportuária; (iv) serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais; (v) serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e (vi) serviços relacionados a portos marítimos, fluviais e lacustres.

A execução destes serviços pode ser feita de forma direta ou mediante autorização, concessão ou permissão. Neste sentido, a União está autorizada a delegar a prestação desses serviços, principalmente por meio de concessão ou permissão, a pessoas jurídicas de direito privado com competência para executar tal tarefa, como se observará mais adiante.

A autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração (no regime privado) de serviço público, a título precário, podendo ser revogada a qualquer tempo pela Administração.

A concessão do serviço ocorre por meio de contrato administrativo formal, firmado mediante licitação na modalidade de concorrência, que tem por objetivo a legalização da delegação da prestação de um serviço do poder público a uma pessoa jurídica ou a consórcio de empresas, que assumirá, pelo prazo do contrato, os riscos do negócio, mediante remuneração paga pelo usuário do serviços. O referido contrato busca ainda satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência e modicidade das tarifas na prestação dos serviços.

As normas sobre concessão de serviço público encontram-se na Lei no 8.987/95, com as alterações introduzidas pela Lei no 9.648/98. A Lei no 9.472/97, e suas alterações na Lei 9.986/00 trata da concessão de serviços de telecomunicações.

Por seu turno, a permissão de serviço público, conforme frisado anteriormente, é ato simples, discricionário e precário, de delegação unilateral do Poder Público, materializado por meio de contrato de adesão que poderá a qualquer tempo ser cassado ou ao qual a Administração Pública poderá impor novas condições ao permissionário.

14.4. A habilitação

Para instituir o procedimento de licitação, o Poder Público publicará ato justificando a conveniência da respectiva outorga e já definindo o objeto, a área e o prazo da contratação, sendo o edital de licitação publicado em seguida. A instauração do procedimento licitatório se dá, portanto, por meio do Edital, Lei interna da licitação, não podendo ser descumprido pela Administração ou pelos licitantes. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos.

O interessado em participar de qualquer modalidade de licitação deverá atender às exigências previstas no edital e às exigências cadastrais específicas pertinentes a cada modalidade, apresentar a documentação exigida por lei, a qual tem por objetivo a avaliação da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico financeira e da regularidade fiscal do habilitante.

Caso o edital de licitação faculte a formação de consórcio, cada empresa que dele fizer parte, deverá apresentar toda documentação acima mencionada como se licitante individual fosse.

Habilitados, os licitantes apresentarão suas propostas atendendo aos requisitos estabelecidos no edital, situação na qual qualquer pessoa poderá obter certidões sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões ou permissões.

Frise-se que a Lei de Licitações, em seu artigo 34, previu a possibilidade de manutenção de um registro cadastral para efeito de habilitação, válido por, no máximo, um ano, contendo os documentos de interessados em participar de licitações.

Tais interessados recebem um Certificado de Registro Cadastral que lhes possibilita a participação nas tomadas de preços, substituindo-se a documentação atinente à habilitação em outras modalidades, inclusive, a teor do que reza o parágrafo 2º, do artigo 36 daquele texto legal.

O julgamento das propostas adotará os critérios: (i) de menor preço, quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que, atendendo as especificações do edital ou convite, ofertar o menor preço; (ii) de melhor técnica; (iii) de técnica e preço; ou (iv) maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

No caso de empate entre duas ou mais propostas, após análise de todas as condições estabelecidas no ato convocatório, será efetuado sorteio, em sessão pública, registrada em ata, para o qual todos os licitantes serão convocados.

A Lei n.º 12.349 de 15 de dezembro de 2010 introduziu a margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, ou seja, preferência para produtos e serviços de procedência nacional.

As margens de preferência são de, no máximo, 25% e serão determinadas, via decreto, pela Comissão Interministerial de Compras Públicas, criada pelo Decreto n.º 7.546 de 02 de agosto de 2011, que regulamentou a aplicação das margens de preferência.

14.5. Dispensa e inexigibilidade de licitação

Há três situações relevantes dispensadas de licitação por lei: (i) o pequeno valor do objeto da licitação; (ii) situações de emergência por calamidade pública, guerra e ou grave perturbação da ordem, ou ainda, (iii) compra ou locação de imóvel que por motivos

relevantes quanto a sua seleção – por exemplo, a localização geográfica do imóvel– impossibilitem a licitação. Essas, juntamente com vinte e uma outras razões, estão arroladas no art. 24 da Lei no 8.666/93 e caracterizam as hipóteses de contratação direta.

A inexigibilidade se dá, a teor do disposto no artigo 25 da Lei em comento, em face da impossibilidade de se realizar uma licitação devido à inviabilidade de competição entre os supostos concorrentes, pela produção ou comercialização exclusiva por parte do fornecedor (vedada a preferência de marca), pela notória especialização de profissionais ou empresas na contratação de serviços técnicos especializados, ou ainda, para a contratação de profissional consagrado pela opinião pública.

14.6. Contrato administrativo

O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades e conterá cláusulas que definam: (i) as partes; (ii) o objeto; (iii) a área e prazo; (iv) a forma e condições da prestação de serviços; (v) os parâmetros definidores da qualidade do serviço; (vi) o preço do serviço; (vii) o critério de reajuste contratual; (viii) os direitos, garantias e obrigações dos usuários; (ix) as projeções de ampliações e modernizações; (x) a forma de fiscalização; e (xi) as penalidades contratuais.

Podem, ainda, ser incluídos cronogramas físico-financeiros de execução das obras, bem como garantias do cumprimento das obrigações nos casos de contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública.

A concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço objeto da concessão, relação esta que será regida pelo direito privado. A contratação de terceiros não excluirá a responsabilidade da concessionária por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. Desde que previsto no contrato, autorizada pelo poder concedente e precedida de concorrência, admite-se também a subcontratação.

14.7. Garantias

A exigência de garantias é requisito comum nas contratações de serviços, obras ou compras. Não se trata de exigência obrigatória. Mas deve estar prevista no instru-

mento convocatório para que seja possível e legítima. Salvo exceções previstas em lei (artigo 56 da Lei de Licitações), a garantia será ou caução, ou seguro-garantia ou ainda fiança bancária, a critério do contratado, desde que o valor correspondente ao seguro não exceda a 5% (cinco por cento) do valor total do contrato.

14.8. Fiscalização e extinção do contrato administrativo

Compete ao poder concedente, com base na defesa do interesse do consumidor, o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato, formando comissões fiscalizadoras que terão acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, podendo intervir na concessão.

Evidentemente, toda aquisição e toda obra pública pressupõe a entrega do objeto na forma como avençado, assim como toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários de forma a satisfazer os princípios da continuidade, eficiência, segurança, dentre outros, na prestação dos serviços. A inobservância de tais princípios pode determinar, inclusive, a aplicação de penalidades e a resolução do contrato.

Ainda, são hipóteses de extinção do contrato: o advento de seu termo; a encampação (retomada do serviço pelo cedente por motivo de interesse público); caducidade, inexecução total ou parcial do serviço; rescisão; anulação, ou ainda em caso de falência ou extinção da empresa concessionária ou falecimento ou incapacidade do titular no caso de empresa individual.

Havendo descumprimento das cláusulas contratuais por parte do contratado, serão aplicáveis as sanções previstas na Lei de Licitações e no instrumento convocatório. Se o descumprimento se der por parte do poder concedente caberá ação judicial especial para que o contrato seja rescindido e o particular devidamente indenizado.

14.9. Outras figuras contratuais

Visando a otimização dos recursos públicos e a agilidade nos procedimentos contratuais administrativos, o Governo do Estado de São Paulo autorizou, pelo Decreto no 45.085/2000, a utilização do sistema eletrônico de contratação ou compras on-line, como é comumente conhecido, para aquisição de materiais e serviços pelo Estado.

O leilão eletrônico é modalidade de licitação e cujo critério de julgamento é o da melhor oferta e que é cabível em contratações cujo valor não supere R$ 8.000,00 (oito mil reais), hipótese em que, de acordo com o art. 24 da Lei no 8.666/93, seria dispensável a licitação. Qualquer empresa que esteja prévia e devidamente cadastrada no sistema pode participar do leilão eletrônico.

Há, ainda, os contratos de gestão, decorrentes da nova redação dada pela Emenda Constitucional 19/98 ao artigo 37, §8º da Constituição Federal, vistos como técnicas de descentralização, mediante os quais são estabelecidos metas e objetivos e serem atingidos e cuja execução fica sujeita à fiscalização e sanção do Poder Público.

Mediante os contratos de arrendamento o Poder Público transfere a gestão de um serviço público a um particular, que passa a explorá-lo por sua conta e risco, colocando à sua disposição um imóvel público. Finalmente, importante mencionar os Termos de Parceria, firmados entre o Poder Público e as entidades qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público, em conformidade com o disposto na Lei no 9.790, de 23/03/99.

Tal instrumento destina-se à formação de um vínculo de cooperação entre as partes, para execução de atividades de interesse público, podendo haver repasse de recursos públicos à entidade assim qualificada. Quando tais atividades implicam em delegação de serviços de competência da Administração Pública fala-se nas parcerias público-privadas (PPP).

Em 30 de dezembro de 2004, foi sancionada a Lei Federal no 11.079, regulamentada pelo Decreto 5.385/2005, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas, no âmbito da Administração Pública.

Referida Lei define a PPP como um contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Há geralmente quatro modelos de PPP financiamento: (I) o Modelo tradicional de sub-contratação e adjudicação de contratos pelo setor público; (II) o Modelo em que o setor público financia o projeto, mas o trabalho real é completado por um parceiro privado; (III) o Modelo em que design, construção, operação, exploração e financiamento são preenchidos por meio de concessões. Sendo este o modelo mais utilizado; (IV) o Modelo pelo qual tudo é possuído e operado pelo setor privado.

Estes modelos oferecem um espectro que vão desde o primeiro em que o setor público assume todas as responsabilidades e obrigações para o quarto onde o setor privado assume a responsabilidade total responsabilidade. A maioria das PPP são constituídos (II ou III) segundo o qual as responsabilidades são compartilhadas e passivos com base em pontos fortes dos parceiros particular "e fracos. Estes modelos permitem projetos para prosseguir com um apoio mínimo a partir de programas de financiamento e recursos públicos do governo. Este aspecto também permite uma maior celeridade na implementação de projetos não dependem de aprovação do controlo orçamental do governo.

De se notar, por fim, que a simples contratação de obra pública e a concessão comum, isto é, a delegação de serviços públicos ou obras públicas, não constituem PPP, aplicando-se àquela concessão as normas trazidas pela Lei de Licitações e Contratos (Lei no 8.666/93) e pelas Leis de Concessões (Lei no 8.987/95 e 9.074/95).

PRIVATIZAÇÃO, CONCESSÕES E PARCERIAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Capítulo 15

Nesta parte serão abordadas as formas pelas quais a iniciativa privada vem assumindo atividades antes exploradas exclusivamente pelo Estado. Nesse sentido trataremos da privatização, da concessão de serviços públicos e de outras formas de parceria.

A privatização ou desestatização é geralmente definida como o ato pelo qual a Administração transfere ao setor privado o controle acionário de empresas estatais, caracterizada pela alienação de ações desta empresa por meio de uma licitação pública. Nas privatizações pode ocorrer, simultaneamente à transferência do controle acionário, a transferência para o setor privado da prestação de serviços públicos afeitos a estas empresas, que é feita mediante a celebração de um contrato de concessão.

A concessão é o ato por meio do qual o Estado transfere ao ente privado o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do Poder Público, mas por sua conta e risco, que se re-

munera com a própria exploração do serviço, pela cobrança de uma tarifa. A outorga de concessão está vinculada à realização de prévia licitação.

A parceria, por sua vez, é um termo amplo para designar a associação do Poder Público com o setor privado para a realização de um determinado serviço de interesse público, podendo ser a construção de uma obra pública, a prestação de um serviço público ou ambos. Ressalte-se que as parcerias diferem das concessões, essencialmente, pela forma de remuneração do ente privado, uma vez que os parceiros privados podem ser remunerados tanto por meio de tarifas quanto por meio de pagamentos diretos realizados pelo Estado, ou uma combinação de ambos, ao passo que a remuneração das concessões é feita exclusivamente por meio de tarifas.

Com isso, verifica-se que nas concessões impera o preceito da livre iniciativa, onde o lucro dos concessionários dependerá exclusivamente de sua eficiência, visto que a remuneração, como dito, é tarifária. Por sua vez, as parcerias podem não estar sujeitas ao regime da livre iniciativa, pois a remuneração pode ser feita (integral ou conjuntamente com a remuneração tarifária) mediante pagamento direto do Estado, o que confere maior garantia ao investidor privado.

15.1. Programa Nacional de Desestatização

O Programa Nacional de Desestatização foi instituído pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, sendo atualmente regulado pela Lei nº 9.491, de 09 de setembro de 1997, e seu respectivo Decreto nº 2.594, de 15 de maio de 1998. Referida lei trata da alienação de empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, bem como a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.

O Conselho Nacional de Desestatização (“CND”), composto por Ministros de Estado e subordinado diretamente ao Presidente da República, é o órgão superior responsável pela condução do processo de privatização de acordo com a citada lei.

O BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) tem a função de Gestor do Fundo Nacional de Desestatização, fornecendo apoio administrativo

e operacional ao CND, contratando consultorias e serviços especializados necessários à execução das privatizações, articulando o sistema de distribuição de valores mobiliários e as Bolsas de Valores, dentre outras atribuições.

Até o momento, a maioria dos processos de privatização foi feita por meio de leilão em bolsas de valores brasileiras. A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, estabelece as regras para licitação. Esta lei foi posteriormente complementada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, e pela Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, que estabelecem novos procedimentos para editais e métodos de licitação, formas de pagamento e espécies de garantias aceitas, entre outros. Existe em trâmite perante o Congresso Nacional um projeto de lei que visa a alterar a Lei das Licitações, instituindo novas características para os processos licitatórios.

Um importante marco nas privatizações brasileiras foi a Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997), que regulamenta a Emenda Constitucional n.º 8, de 15 de agosto de 1995, permitindo que o setor privado atue na prestação de serviços de telecomunicações. Anteriormente, o Congresso Nacional já havia aprovado a Lei n.º 9.295 de 19 de julho de 1996, que permitiu a prestação de serviços de telefonia móvel por empresas privadas, desde que as concessões fossem delegadas a empresas brasileiras cuja maioria (pelo menos 51%) do capital votante fosse detida, direta ou indiretamente, por pessoas (jurídicas ou físicas) brasileiras.

O programa de privatização foi aplicado não somente à alienação das empresas estatais e a concessões de serviços públicos de competência do Governo Federal, mas também àquelas no âmbito dos Estados e Municípios. Cada Estado e Município tem poder para fixar regras para seu próprio programa e, portanto, a privatização de empresas controladas por estados ou municípios é feita de acordo com legislação local específica. Neste sentido, o Estado de São Paulo realizou um dos mais bem sucedidos programas de privatização no Brasil. A partir da publicação da lei estadual de privatização, São Paulo transferiu aos investidores privados, entre outras, a exploração dos serviços públicos de distribuição de gás canalizado (tanto na região metropolitana, através da COMGÁS, quanto no interior do estado, por intermédio da Gas Brasiliano e Gas Natural), assim como a geração (Paranapanema e Tietê, que resultaram da cisão parcial da CESP) e a distribuição de eletricidade (CPFL e Eletropaulo, duas das maiores distribuidoras brasileiras).

15.2. Concessão de Serviços Públicos

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei das Concessões), que regula o Artigo 175 da Constituição Federal, estabelece as regras para a concessão de serviços públicos, excluindo expressamente de seu âmbito os serviços de transmissão de rádio e televisão. A Lei das Concessões foi posteriormente modificada pela Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995 e pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, sendo regulamentada, dentre outros, pelo Decreto nº 2.003, de 10 de setembro de 1996, e pelo Decreto nº 1.717, de 24 de novembro de 1995, os quais estabeleceram as regras e os procedimentos para a outorga de novas concessões, bem como a prorrogação das concessões existentes, inclusive no caso de certas concessões na área de energia elétrica. A Lei das Concessões dispõe, ainda, que as concessões deverão ser outorgadas após um processo de licitação pública.

15.3. Principais Setores Privatizados ou em Processo de Privatização

As principais atividades econômicas que podem se enquadrar no regime de concessões ao setor privado e que já foram, ou poderão ser, privatizadas no Brasil, são as seguintes:

- geração, transmissão e distribuição de energia elétrica e gás;
- petroquímicas;
- transporte municipal, rodoviário, ferroviário, aquaviário e aéreo;
- telecomunicações;
- portos, aeroportos, infra-estrutura aeroespacial, construção de estradas, represas, diques, docas e containeres;
- instituições financeiras;
- saneamento, tratamento e fornecimento de água, e tratamento de despejos industriais; e
- mineração e metalurgia.

15.4. Evolução e Resultados do Programa de Privatização

De acordo com o último Relatório de Atividades publicado pelo BNDES, entre 1990 e 2009 os recursos auferidos pelo governo através do PND alcançaram o patamar aproximado de US$ 105,8 bilhões, obtidos por meio das 71 desestatizações até

então realizadas[1]. O montante inclui não apenas a receita angariada com a venda de empresas estatais, mas também a transferência da dívida das entidades negociadas para os novos adquirentes. Os setores mais rentáveis para o governo foram: i) siderurgia (18%), ii) mineração (17%) e iii) petróleo e gás (16%), responsáveis por pouco mais da metade do volume financeiro apurado.

Dentre as empresas privatizadas estão a CSN (Companhia Siderúrgica Nacional), CVRD (Companhia Vale do Rio Doce); Mafersa (fabricante de maquinário ferroviário); Escelsa, Light, CERJ, CEEE (parcialmente), CPFL, Eletropaulo, Gerasul, COELBA, CESP (também parcial); o Sistema TELEBRÁS (praticamente todas as companhias telefônicas); COMGÁS, CEG (empresas distribuidoras de gás); e a RFFSA (Rede Ferroviária Federal S.A.). Além destas, todas as maiores metalúrgicas (i.e., Usiminas, Cosipa, Acesita e CST), petroquímicas (i.e., Poliolefinas), empresas de fertilizantes (i.e., Ultrafértil), a Embraer (4ª maior empresa aeronáutica do mundo), e os bancos Banespa e Meridional foram também privatizados, dentre várias outras empresas.

Apesar dos inevitáveis obstáculos e atrasos, o programa nacional de desestatização implementado no Brasil na década de 1990 resultou em consideráveis ganhos à Administração Pública, sendo que somente o governo federal recebeu, entre os anos 1997 e 2000, com as privatizações dos setores elétrico e de telecomunicações, recursos da ordem de aproximadamente 70 bilhões de dólares, sendo que participação de capital estrangeiro alcançou aproximadamente 40% deste valor.

As vendas da gigante mineradora e transportadora CVRD (hoje Vale S.A., segunda maior empresa no setor minerário do mundo) e da Telebrás, empresa holding do sistema de telecomunicações, em 1998, foram as maiores privatizações de todos os tempos na América Latina, atraindo interesse mundial e impulsionando significativamente o fluxo de investimentos estrangeiros para o Brasil.

O ano de 2010 foi marcado pela exclusão, do escopo do PND, da estatal VALEC, uma das empresas responsáveis por investimentos do Programa de Aceleração do Crescimento, como a construção da ferrovia norte-sul. Em 2011, o governo brasileiro pretende prosseguir com as privatizações, sobretudo de empreendimentos de

1 http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/pnd/PND_2009.pdf – acesso em 21.07.2011.

transmissão de energia elétrica integrantes da Rede Básica do Sistema Interligado Nacional – SIN e de parte da malha rodoviária brasileira.

15.5. Parcerias Público-Privadas

Foi aprovada, em 31 de dezembro de 2004, a Lei nº 11.079 instituindo as regras gerais para contratação de Parcerias Público-Privadas ("PPP"). Por meio desta Lei, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009, e pela Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, o Governo Federal espera atrair mais de R$ 13 bilhões em investimentos, estrangeiros e nacionais, em projetos de infraestrutura básica, especialmente nas diversas áreas de transportes e saneamento básico.

O novo regime jurídico da transferência da prestação de serviços públicos ao setor privado instituído por essa lei poderá ser aplicado e utilizado pelos órgãos integrantes da Administração Pública direta, pelos fundos especiais, pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Adicionalmente à concessão de serviços públicos comum, exposta no capítulo anterior (regida pela Lei de Concessão de Serviços Públicos -- Lei nº 8.987/95), foram criadas duas novas espécies, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Por concessão patrocinada entende-se a concessão de serviços públicos ou de obras públicas cuja contraprestação envolva, além da tarifa cobrada dos usuários, remuneração complementar do parceiro público. Por sua vez a concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta (i.e., construção e administração de prédios públicos), ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

A diferença entre as novas modalidades de concessão e a concessão comum, que continua a existir sem alterações, consiste exatamente na existência de contraprestação pecuniária da Administração Pública ao ente privado. Assim, quando a concessão não envolver remuneração por parte da Administração Pública ao ente privado, não se tratará de uma PPP.

A Lei de PPP também estabelece limites para contratações de Parcerias Público-Privadas, sendo vedada a celebração de contratos (i) cujo valor seja inferior a R$

20 milhões; (ii) cujo período de prestação seja inferior a 5 anos ou (iii) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Os contratos administrativos regulados pela Lei de PPP terão prazos compatíveis com a amortização dos investimentos realizados pelo setor privado, não podendo ser inferiores a 5 anos nem superiores a 35 anos, incluindo eventual prorrogação. Para a assinatura destes contratos será necessária a criação de uma Sociedade de Propósito Específico, tendo como única finalidade a implementação e gerência dos projetos de PPP.

A maior inovação trazida por esta legislação foi a criação de um Fundo Garantidor, que contará com até R$ 6 bilhões em ativos (ações de companhias estatais, imóveis, dinheiro etc). Este fundo irá garantir o cumprimento das obrigações pecuniárias assumidas pela Administração Pública ao contratar com o setor privado, sendo que seu ativo servirá para garantir eventuais ações de execução movidas contra o Parceiro Público contratante.

Outro ponto que merece destaque é a previsão de utilização de métodos de Arbitragem como forma de solução de eventuais disputas surgidas no âmbito das PPPs. Esta é a primeira vez que uma lei possibilita à Administração Pública brasileira participar de procedimentos arbitrais.

Tendo em vista que a principal intenção do governo ao criar as PPPs é agilizar o processo de contratação e construção das obras necessárias ao desenvolvimento sustentado do país, foi necessário incluir no procedimento licitatório novos mecanismos que o tornem mais célere, possibilitando o saneamento das deficiências em infraestrutura com maior brevidade.

Complementarmente à legislação federal, os Estados brasileiros têm promulgado legislações estaduais visando viabilizar projetos locais (que não têm interferência da União), criando para tanto novas formas de garantia, como a criação de empresas estatais responsáveis pela gestão e assinatura dos contratos. Os principais estados que já promulgaram suas leis são São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina, Bahia e Rio Grande do Sul.

De acordo com estimativas recentes, os recursos necessários para que o Brasil possa cumprir os compromissos assumidos para realização da Copa do Mundo de 2014 e

das Olimpíadas de 2016 ultrapassará o montante de R$ 100 bilhões. Nesse contexto, estão incluídas obras de melhoria do setor de transportes, geração e transmissão de energia, portos, aeroportos e saneamento básico, dentre outras. Espera-se que as PPPs desempenhem papel importante para viabilizar a execução desses grandes projetos de infraestrutura, sendo que para tanto será de fundamental importância uma atuação ágil por parte do governo na formalização das parcerias.

TELECOMUNICAÇÕES

16.1. Histórico das Telecomunicações no Brasil

A Lei no 4117/62, de 27.08, editou o Código Brasileiro de Telecomunicações ("CBT"), que disciplinou por mais de 35 anos os serviços de telecomunicações em todo o território do país e autorizou a criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. ("EMBRATEL").

Em 1972, a Lei no 5792, de 11.07, autorizou a criação de uma sociedade de economia mista denominada Telecomunicações Brasileiras S.A. ("TELEBRÁS") com a finalidade, entre outras, de promover, através de subsidiárias e associadas, a implantação e exploração de serviços públicos de telecomunicações no Brasil e no exterior. A TELEBRÁS, suas subsidiárias e associadas formavam o Sistema TELEBRÁS, incluindo a EMBRATEL, por aquela incorporada.

Em 1995 iniciou-se o processo de liberalização do mercado brasileiro de telecomunicações, com a promulgação da Emenda Constitucional 08/95, de 15.08, que permitiu ao Governo Federal abrir a exploração de todos os serviços de telecomunicações a companhias privadas, por meio de autorização, concessão ou permissão.

Na sequência, a Lei no 9265/96, de 19.07 ("Lei Mínima") desregulamentou e liberalizou serviços de valor adicionado, flexibilizou as condições para exploração de satélites e de serviços de telecomunicações não abertos ao público, e organizou o processo de licitação para a Banda B do Serviço Móvel Celular ("SMC").

Em 1997 foi promulgada a Lei no 9472/97, de 16.07 ("LGT"), que criou a Agência Nacional de Telecomunicações ("ANATEL") e estabeleceu critérios para a privatização das concessionárias estatais, bem como outras regras de liberalização e de competição no mercado de telecomunicações.

A LGT estabelece que as redes devem ser organizadas como vias integradas de livre circulação, impondo interconexão obrigatória entre todas as redes de suporte de serviços de interesse coletivo, garantindo a operação integrada de redes e condicionando o direito de propriedade sobre as redes à obrigação de cumprir a respectiva função social. Neste sentido, a interconexão é um importante instrumento para a convergência.

A LGT contém uma definição legal de serviços de valor adicionado que estabelece expressamente que tais serviços não são serviços de telecomunicações e classifica a prestadora de serviço de valor adicionado como usuária dos serviços ou da rede de telecomunicações que lhes dá suporte.

Assim, com exceção dos serviços de transmissão de dados em si mesmo considerado, quaisquer serviços de internet estão fora da competência da ANATEL e a respectiva exploração está livre de quaisquer encargos regulatórios.

Em meados do ano de 1998, o Sistema TELEBRÁS passou por uma completa reestruturação, que incluiu o processo de privatização das empresas que o integravam e o direcionamento de grande fluxo de investimentos para a expansão dos serviços de telecomunicações, face às novas tecnologias.

Para efeitos de concorrência no mercado de telefonia fixa, o serviço de telefone fixo comutado ("STFC") passou a comportar três modalidades distintas de serviços, objeto de outorgas também diferenciadas. O território nacional foi dividido em quatro áreas de atuação denominadas Regiões e o número de concorrentes admitidos em cada modalidade de serviço, desde a privatização até 31.12.01, ficou limitado a duas empresas por Região – a concessionária e a respectiva

empresa-espelho (Plano Geral de Outorgas, aprovado pelo Decreto no 2534/98, de 02.04 – "PGO").

A prestação dos serviços de telefonia local foi atribuída a uma concessionária e a uma empresa espelho (duopólio) em cada uma das áreas de atuação correspondentes às Regiões I, II ou III. A prestação dos serviços de longa distância nacional foi outorgada a duas empresas "regionais" (a concessionária e a empresa-espelho) em cada uma das Regiões I, II e III, e a duas empresas "nacionais" (a concessionária e a empresa-espelho), estas atuando em todo o território nacional, constituindo a Região IV. A prestação dos serviços de longa distância internacional foi incumbida às duas empresas "nacionais", que podiam originar chamadas em todo o território nacional ou Região IV.

O duopólio, uma característica marcante desta primeira fase de abertura das telecomunicações tinha como objetivo que as entrantes tivessem tempo para se estabelecer e consolidar no mercado antes da livre competição, em 2002. Durante o período de transição entre a desestatização das empresas do Sistema TELEBRÁS e a liberalização total dos mercados de telefonia fixa e móvel, a competição resumia-se à disputa entre as empresas concessionárias e as empresas espelho na telefonia fixa e entre as concessionárias atuantes nas sub-faixas de frequência da Banda A e da Banda B na telefonia celular.

A partir de 2002, iniciou-se a segunda fase da liberalização do mercado de telecomunicações brasileiro, deixando de existir qualquer limite ao número de prestadoras de serviço, sendo, no entanto, lícita a imposição de restrições jurídico-administrativas nos casos excepcionais de impossibilidade técnica ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de uma modalidade de serviço de interesse coletivo.

16.2. O Desenvolvimento da Telefonia Celular

A exploração dos serviços de telefonia móvel foi iniciada pelas operadoras do Sistema TELEBRÁS (na sub-faixa de frequência chamada Banda A). Sua organização como serviço móvel celular ("SMC") deu-se em 1996, após a Emenda Constitucional no 08/95, com vistas à privatização da Banda B.

Inicialmente explorado através de concessão, com a plena vigência da LGT, o SMC passou a ser explorado exclusivamente em regime privado, mediante obtenção de autorização prévia.

A promulgação da LGT deu origem à substituição dos regulamentos, normas e demais regras então vigentes pela regulamentação editada pela ANATEL, cuja implementação deu-se de forma gradativa desde 2000, sob a designação de normas do Serviço Móvel Pessoal ("SMP").

No período entre 2001 e 2003, até três novas autorizações de SMP por região, correspondentes às Bandas C, D e E, foram leiloadas. As empresas interessadas puderam adquirir autorizações em cada uma das três regiões, sendo, no entanto vedada a aquisição de mais de uma autorização dentro da mesma área de prestação.

Qualquer empresa constituída sob as leis brasileiras e controlada por holding brasileira, mesmo sob controle estrangeiro pode deter autorização de SMP.

As novas regras aumentando as áreas de prestação de serviço deram ensejo a fusões e incorporações entre as operadoras. No Brasil, a telefonia móvel tem crescido rapidamente, com predominância do serviço móvel pré-pago. Atualmente, a tecnologia mais usada é o GSM, seguida pelo CDMA e pelo TDMA.

16.3. O Órgão Regulador das Telecomunicações (ANATEL)

O órgão regulador das telecomunicações, a ANATEL, possui independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica e autonomia financeira.

Basicamente, a ANATEL tem competência para: (i) expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público (serviço universal); (ii) fixar, controlar e acompanhar a estrutura tarifária relativa a cada modalidade de serviço prestado no regime público; (iii) celebrar e gerenciar contratos de concessão; (iv) expedir regras sobre a prestação de serviços de telecomunicações no regime privado; (v) controlar, prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica relativamente às telecomunicações, sem prejuízo da competência definitiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"); (vi) administrar o espectro de radiofrequências e utilização de órbitas para satélites; (vii) definir as modalidades de serviço em função de sua finalidade, âmbito de prestação, forma, meio de transmissão, tecnologia empregada e de outros atributos; e (viii) fiscalizar a prestação dos serviços e aplicar sanções administrativas aos infratores das normas de telecomunicações.

16.4. Lei Geral das Telecomunicações

O Código Brasileiro de Telecomunicações foi revogado pela LGT, salvo quanto à matéria penal não tratada por esta e quanto aos preceitos relativos à radiodifusão.

A LGT dispõe sobre: (i) organização dos serviços de telecomunicações; (ii) criação e funcionamento do órgão regulador; e (iii) princípios fundamentais do Direito das Telecomunicações.

Os serviços de telecomunicações devem ser organizados em termos que propiciem a livre, ampla e justa competição entre as empresas que os exploram, aplicando-se ao setor as normas gerais de proteção à ordem econômica, vedada a prática de atos, por parte das prestadoras, que possam prejudicar, de qualquer forma, a livre concorrência e a livre iniciativa.

A LGT define a interconexão como a ligação entre redes de telecomunicações funcionalmente compatíveis, de modo que os usuários de uma das redes possam comunicar-se com usuários de serviços de outra ou acessar serviços nela disponíveis. A interconexão deve dar-se mediante acordo, formalizado por contrato livremente negociado entre as operadoras interessadas. Na falta de acordo entre os interessados, a LGT só admite seu suprimento pela ANATEL, por provocação de um deles.

16.5. Regime dos Serviços de Telecomunicações

A organização do setor de telecomunicações baseia-se num sistema de limites e restrições às operadoras de serviços de telecomunicações. A exploração de quaisquer serviços ou redes de telecomunicações depende da prévia obtenção de outorga da ANATEL, com exceção de situações específicas em que basta uma mera comunicação à ANATEL. As outorgas ainda são concedidas de acordo com as diferentes modalidades de serviços definidas pela ANATEL.

Com efeito, a exploração de serviços de telecomunicações só pode dar-se mediante prévia (i) concessão ou permissão; (ii) autorização; ou (iii) comunicação à ANATEL.

A LGT adota dois critérios de classificações dos serviços. O primeiro consiste na abrangência da oferta comercial dos serviços, classificando-os em: (i) serviços de interesse coletivo e (ii) serviços de interesse restrito.

Serviços de interesse coletivo são aqueles cuja prestação deve ser proporcionada pela prestadora a qualquer interessado na sua fruição, em condições não discriminatórias, mediante simples "adesão". Por sua vez, os serviços de interesse restrito são aqueles destinados ao uso próprio do ofertante ou oferecido a determinadas classes de usuários, de forma seletiva, a critério da operadora.

O segundo critério de classificação da LGT estabelece duas classes de serviços de acordo com o regime jurídico de sua prestação: serviços públicos e serviços privados.

Os serviços de telcomunicações prestados em regime público são aqueles cuja existência, universalização e continuidade a União assume como obrigação ou competência própria. O serviço telefônico fixo comutado oferecido comercialmente ao público em geral, ou STFC, é o único serviço de telecomunicações estabelecido pela LGT como obrigação legal da União. Assim, o único serviço público de telecomunicações sujeito às obrigações de universalização e continuidade é o STFC destinado ao usuário final. Essa competência da União deve ser executada mediante delegação através de contrato de concessão.

Serviço de telecomunicações prestado em regime privado é aquele em que a execução do serviço resulta do exercício do direito de livre iniciativa econômica do setor privado, mediante simples autorização da ANATEL e com mera exigência de obrigações de expansão e atendimento.

A concessão dos serviços é objeto de contrato administrativo celebrado pela ANATEL, através de licitação, sem caráter de exclusividade, sujeitando as concessionárias, cujas receitas são derivadas da cobrança de tarifas dos usuários, aos riscos empresariais. O prazo máximo da concessão é de 20 anos e poderá ser renovado ou prorrogado uma única vez, por igual período. Em janeiro de 2006 os contratos de concessão então em vigor foram renovados e serão revistos a cada 5 anos pela ANATEL, a fim de estabelecer novos condicionamentos, metas de universalização e qualidade.

As tarifas do STFC no regime público estão sujeitos a um teto máximo. A ANATEL poderá submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, caso seja constatada a existência de ampla e efetiva competição entre as prestadoras do serviço.

Com efeito, o STFC também pode ser prestado por prestadoras no regime privado (não concessionárias), não sujeitas às metas de universalização.

A exploração de serviços sob a égide do regime privado tem por base os princípios constitucionais da atividade econômica e deve pautar-se pela livre e ampla competição entre prestadoras, direitos do consumidor e desenvolvimento tecnológico e industrial do setor.

Os preços a serem cobrados pelas prestadoras de serviços no regime privado são livres, porém serão reprimidas as práticas prejudiciais à competição e o abuso do poder econômico.

A exploração de serviços no regime privado depende de prévio ato de autorização da ANATEL e acarreta o direito de uso das radiofrequências a ele associadas. Não há limite para o número de autorizações a serem outorgadas pela ANATEL para exploração de serviços no regime privado, salvo nos casos de limitações técnicas ou quando o excesso de competidores puder comprometer a prestação de serviços de interesse coletivo. Nesses casos excepcionais em que é necessário limitar o número de autorizações de serviço, a outorga de autorização deve ser precedida de procedimento licitatório, nos mesmos moldes da outorga de autorizações para o SMP.

O direito de uso de radiofrequência, em caráter exclusivo ou não, depende de prévia outorga pela ANATEL, mediante autorização, vinculada à concessão ou autorização para a exploração de serviço de telecomunicações. Para os serviços explorados no regime público, o direito de uso de radiofrequência tem o mesmo prazo do vigência da concessão à qual esteja associado. Não obstante a autorização para a exploração do serviço, no regime privado, independer de prazo, o prazo de vigência do direito de uso de radiofrequência é de até 20 anos, prorrogável uma única vez, por igual período.

O direito de uso de radiofrequência somente pode ser transferido quando houver a correspondente transferência da outorga a que ele está vinculado.

Recentemente, a ANATEL publicou novo regulamento para o STFC no qual deu especial atenção aos direitos dos consumidores, anteriormente regidos apenas pelo Código de Defesa do Consumidor (“CDC”). No que concerne aos usuários do SMP,

de acordo com regras anunciadas pela ANATEL, os seus direitos básicos constantes do CDC também serão objeto de regulamentação específica.

16.6. A Transferência de Controle de Empresas de Telecomunicações

A transferência do controle das prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil é regulada pela LGT. A ANATEL, visando propiciar a competição efetiva e a impedir a concentração econômica no mercado, pode estabelecer restrições, limites ou condições quanto à obtenção e transferência de concessões e autorizações de serviços.

Uma das regras merecedoras de destaque em matéria de controle prévio de fusões e incorporações, é a Resolução 101/99 da ANATEL, que estabelece critérios e conceitos com vistas à apuração de controle e transferências de controle que possam ensejar a concentração econômica de mercado.

Nos termos deste dispositivo legal, enquadram-se no conceito de controladora a pessoa, jurídica ou natural, que, direta ou indiretamente: (i) participe ou indique pessoa ou membro de Conselho de Administração, de Diretoria ou órgão com atribuição equivalente, de outra empresa ou de sua controladora; (ii) tiver direito de veto estatutário ou contratual em qualquer matéria ou deliberação da outra; (iii) possua poderes suficientes para impedir a verificação de quorum qualificado de instalação ou deliberação exigido, por força de disposição estatutária ou contratual, em relação às deliberações da outra; ou (iv) detenha ações da outra, de classe tal que assegure o direito de voto em separado.

Ademais, dispõe a Resolução que uma empresa será considerada coligada a outra se detiver, direta ou indiretamente, pelo menos 20% de participação no capital votante da outra, ou se o capital votante de ambas for detido, direta ou indiretamente, em pelo menos 20%, por uma mesma pessoa natural ou jurídica.

A aludida Resolução estabelece também que o negócio jurídico que resultar em cessão parcial ou total, pela controladora, de controle da prestadora de serviços, caracterizará transferência de controle.

Por fim, destaca-se que qualquer alteração no quadro societário da empresa que possa vir a caracterizar transferência de controle deverá ser submetida, previamen-

te, à ANATEL, especialmente quando: (i) a controladora ou um de seus integrantes se retirar ou passar a deter participação inferior a 5% no capital votante da prestadora ou de sua controladora; (ii) quando a controladora deixar de deter a maioria do capital votante da empresa; e (iii) quando a controladora, mediante qualquer acordo, ceder, total ou parcialmente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades da empresa.

16.7. Tributos do Setor de Telecomunicações

A Lei no 9998, de 17 de agosto de 2000, instituiu o Fundo de Universalização de Serviços de Telecomunicações ("FUST"), cujo objetivo é proporcionar recursos destinados a cobrir a parcela de custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de serviços públicos de telecomunicações que não possam ser recuperadas com a exploração eficiente do serviço. As operadoras passaram, a partir de 2001, a recolher 1% de seu faturamento bruto com a prestação de serviços de telecomunicações para financiar o referido fundo, excluindo-se o Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transportes Interestadual e Intermunicipal e de Comunicações – ICMS, o programa de Integração Social – PIS e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS.

Visando impedir a incidência cumulativa da contribuição ao FUST sobre os serviços de telecomunicações que integram a cadeia produtiva do serviço prestado ao usuário final, a Lei do FUST estabeleceu como base de cálculo da contribuição as receitas decorrentes dos serviços de telecomunicações prestados ao usuário final, estabelecendo uma isenção sobre as receitas de interconexão e sobre as decorrentes da exploração industrial de linhas dedicadas. No entanto, tal isenção legal foi objeto de interpretação pela ANATEL através de uma Súmula que estabeleceu o entendimento no sentido de que toda e qualquer receita decorrente da prestação de serviços de telecomunicações compõe a base de cálculo do FUST. Tal interpretação está sendo objeto de impugnação tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, cujo resultado terá impacto sobre todas as operadoras do setor de telecomunicações.

O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações ("FISTEL") foi criado pela Lei 5070/66, de 07.07, destinando-se a prover recursos para cobrir as despesas feitas pela ANATEL na execução da fiscalização dos serviços de telecomunica-

ções. Todas as concessionárias, permissionárias e autorizadas de serviços de telecomunicações e de uso de radiofrequência devem pagar a Taxa de Fiscalização de Instalação no momento da emissão do certificado de licença para o funcionamento das estações, cujo valor é estabelecido pela ANATEL, variando em função do número de antenas e equipamentos em uso. Além disso, estão sujeitas ao pagamento da Taxa de Fiscalização de Funcionamento, que é devida anualmente, de valor equivalente a 50% dos valores fixados para a Taxa de Fiscalização de Instalação.

A Lei no 10052/2000, de 28.11, instituiu, por sua vez, o Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações ("FUNTTEL"). Tal fundo foi criado com um orçamento inicial de R$ 100 milhões, procedentes do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações ("FISTEL"). O fundo recebe, ainda, 0,5% da receita bruta com a prestação de serviços de telecomunicações, além de 1% da arrecadação efetuada por instituições autorizadas decorrente de eventos participativos realizados por meio de ligações telefônicas. Sua finalidade é o financiamento de pesquisas tecnológicas na área de telecomunicações desenvolvidas por pequenas e médias empresas, de modo a ampliar a competitividade da indústria brasileira de telecomunicações.

Além disso, sobre os serviços de telecomunicações também incide o ICMS, imposto estadual sobre a comunicação previsto na Constituição Federal.

16.8. Incentivos

A legislação brasileira instituiu diversos incentivos para o desenvolvimento de produtos relacionados aos serviços de telecomunicações, mediante a adoção de instrumentos específicos de política creditícia, fiscal e aduaneira.

Nesse sentido, o governo brasileiro, apesar de ter praticamente eliminado um de seus regimes especiais de importação, o "ex-tarifário", manteve benefícios fiscais para diversos componentes destinados à área de telecomunicações, que antes estavam sujeitos a alíquotas de imposto de importação de até 16%.

A Lei no 10176/01, de 11.01, por sua vez, estendeu até 31.12.00 o beneficio de isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados ("IPI") aos itens nela previstos. A partir daquela data, as isenções foram convertidas em redução das alíquotas de IPI

aplicáveis, com gradual diminuição do percentual de redução até 31.12. 09, quando será extinta.

16.9. O Futuro dos Serviços de Telecomunicações

O principal desenvolvimento aguardado no setor de telecomunicações diz respeito à escolha do padrão tecnológico de Televisão Digital a ser adotado no Brasil. Os critérios para escolha do padrão a ser escolhido ainda serão definidos pelo Congresso Nacional e a escolha do padrão é prioridade do governo. O modelo de implantação escolhido deverá suportar a recepção móvel, recepção portátil, multimídia e interatividade, visando promover a inclusão digital, atualizar e revitalizar o setor de radiodifusão e a indústria eletrônica nacional, otimizar o uso do espectro de radiofrequências, e contribuir para a convergência dos serviços de telecomunicações.

Com o escopo de fomentar a competição, a ANATEL editou novas regras para o serviço telefônico fixo comutado, para a exploração industrial de linhas dedicadas e para adoção de um documento de separação e alocação de contas, introduzindo no setor de telecomunicações brasileiro o conceito de poder de mercado significativo ("PMS").

A imposição de outras obrigações "ex ante" às concessionárias, tais como o dever de construir redes em localidades nas quais a concessionária não tenha capacidade disponível, é aguardada. A Agência anunciou que regulamentará a numeração, a portabilidade, a revenda e a possibilidade de fazer novos usos de tecnologias, tais como WLL (Wireless Local Loop), TV a cabo e PLN (Power Line Networks), em novos modelos de negócio.

Uma outra prioridade do governo brasileiro consiste em solucionar questões jurídicas que impedem a utilização dos recursos do FUST, o que inclui uma esperada alteração à LGT.

Diversos projetos de lei estão em tramitação no Congresso Nacional visando harmonizar a legislação de TV a Cabo e radiodifusão, com o escopo de promover a inclusão digital.

A transmissão de conteúdo por prestadoras de serviços de telecomunicações vis a vis o âmbito da restrição constitucional ao capital estrangeiro aplicável a empresas

de radiodifusão suscitou intenso debate na sociedade, principalmente com a inclusão de uma cláusula nos recém renovados contratos de concessão, segundo a qual as prestações, utilidades ou comodidades consideradas, pela ANATEL, inerentes e complementares à plataforma do STFC devem observar a restrição ao capital estrangeiro estabelecida pela Constituição Federal para radiodifusão.

Tramita no Congresso Nacional um projeto de lei relativo aos poderes das agências reguladoras que pode alterar significativamente os poderes da ANATEL em relação à competência para outorga dos serviços de telecomunicações e para controle e prevenção de infrações à ordem econômica.

ENERGIA ELÉTRICA

17.1. Introdução

O setor elétrico brasileiro sofreu profundas e significativas alterações na década de 1990 durante o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso[1], sendo notáveis a redefinição do papel do Estado, a implementação gradativa de um modelo econômico baseado na livre concorrência e o ingresso maciço de investimentos privados no setor.

As mudanças tiveram início em 1995, quando aprovada a Emenda nº 6 à Constituição Federal que eliminou da norma constitucional o conceito de empresa brasileira de capital nacional, possibilitando o ingresso de capital estrangeiro no setor, inclusive para a aquisição de empresas concessionárias. Em 1995, foram editadas as Leis 8.987 e 9.074 consideradas um marco no setor elétrico, pois definiram a disciplina das outorgas para exploração de energia elétrica e serviram

1 O Presidente Fernando Henrique Cardoso governou por dois mandatos de 1995 à 1998 e de 1999 à 2002. As mudanças significativas no setor elétrico ocorreram no seu primeiro mandato.

de base à realização de novas concessões e privatizações das concessionárias de serviços públicos de energia elétrica e à definição do regramento aplicável aos novos agentes surgidos no setor elétrico[2].

Em 1996, nos termos da Lei 9.427, é criada a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, agência independente para regular o setor. Seguiu-se a edição da Lei 9.648 que trouxe importantes preceitos para a implementação do novo modelo do sistema elétrico brasileiro.

Basicamente, o novo modelo perseguia a progressiva liberalização das atividades do setor elétrico, pautado na concessão ou autorização para prestação de serviços de geração e distribuição de energia elétrica às empresas de capital privado e na privatização das empresas concessionárias, com a atuação de uma agência reguladora autônoma e independente para fiscalizar e regular o setor, privilegiando, portanto, o setor privado como investidor e a competição entre os agentes prestadores de serviço.

O modelo foi, no entanto, parcialmente implantado. Entre 1995 e 2002, houve muitas novas concessões de geração tendo sido privatizadas, no entanto, aproximadamente 70% das distribuidoras e somente 20% da geração.

No ano de 2001, o país enfrentou uma crise de abastecimento do setor elétrico, o que levou o Governo a adotar diversas medidas para conter o consumo e incentivar a geração de energia, culminando com a edição da Lei 10.438/2002, responsável pela introdução de novas regras. Nesse período as questões pertinentes ao setor foram largamente discutidas pela sociedade, restando claro, que apesar de seus méritos, o modelo exigia ajustes.

O Presidente Luiz Ignácio Lula da Silva tomou posse em janeiro de 2003 e diante da nova política do Governo, o Ministério de Minas e Energia – MME em julho do

---

2 Concorreram para o processo brasileiro de privatização a Lei 8.031/90, que criou o Programa Nacional de Desestatização, a Lei 8.666/93 ('Lei de Licitações'), que definiu os procedimentos aplicáveis à licitação, as Leis 8.987 e 9.074/95, que fixam a disciplina geral das outorgas, a Lei 9.427/97 que cria a ANEEL e estabelece as diretrizes da concessão de serviços públicos de energia elétrica, a Lei 9.648/98, que entre outras matérias prevê a reestruturação do setor elétrico e a privatização da ELETROBRÁS e suas subsidiárias (ELETROSUL, ELETRONORTE, CHESF e FURNAS).

mesmo ano divulgou as novas diretrizes básicas de um novo modelo regulatório para o setor elétrico. Em 11 de dezembro de 2003, as novas regras do novo modelo são editadas, através das Medidas Provisórias n.º 144 e 145 tendo sido posteriormente convertidas, respectivamente, nas Leis 10.848[3] e 10.847 de 15 de março de 2004, consideradas o marco regulatório do modelo atual.

Entre as importantes mudanças preconizadas pelo atual modelo está a atribuição de mais poderes ao MME, mediante a transferência de atribuições da Agência para o Ministério. Além disso, inovou-se pela criação de dois ambientes distintos para contratação de energia elétrica: o Ambiente de Livre Contratação e o Ambiente de Contratação Regulado, neste sob regime de *"pool"*, do qual participam obrigatoriamente todas as concessionárias geradoras e distribuidoras. Foi criada a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que sucedeu o Mercado Atacadista de Energia Elétrica (MAE) instituído no Governo anterior, com missões de contabilização e liquidação de transações não cobertas por contratos bilaterais. Caracteriza-se o novo modelo pelo forte planejamento do setor, executado pelo MME, com apoio e subsídio da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) criada pela Lei 10.847/2004 e pelo controle das atividades no setor, exercido pelo referido Ministério.

17.2. Órgãos do Setor

O estímulo à competição reforçou, contudo, a necessidade de profunda reestruturação do setor elétrico, que se processou em duas etapas, como acima exposto, compreendendo a definição (i) dos agentes responsáveis pela regulação e operação do novo sistema elétrico brasileiro; (ii) das características básicas de que se deve revestir este sistema para viabilizar a implantação de um modelo eficiente e competitivo e (iii) dos modelos contratuais aplicáveis ao setor.

O CNPE – Conselho Nacional de Política Energética[4], órgão de assessoramento do Presidente da República, foi criado com a finalidade de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas, destinadas a promover o aproveitamento racional dos recursos energéticos, assegurar o suprimento de insumos

3 A Lei 10.848 foi regulamentada pelo Decreto 5.163/04 posteriormente alterado pelos Decretos 5.249/04, 5.271/04 e 5.499/05.

4 O CNPE foi criado pela Lei n.º 9.478/1997.

nas áreas mais remotas ou de difícil acesso, rever periodicamente as matrizes energéticas, estabelecer diretrizes para programas específicos, entre outros objetivos.

Deve-se destacar a criação pela Lei 9.427/96 do órgão regulador específico para o setor elétrico, a ANEEL[5], como autarquia vinculada ao MME[6], porém dotada de competência e receitas próprias, e do ONS – Operador Nacional do Sistema Elétrico, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em decorrência da Lei 9.648/98 e integrada por agentes do setor elétrico e por consumidores livres, conforme legislação pertinente.

Sinteticamente, coube à ANEEL "regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica" (Lei. 9.427, art. 2º)[7], enquanto que o ONS é fundamentalmente responsável pelas "atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica nos sistemas interligados" (Decreto 2.655/98, art. 25).

Em 2004, a ANEEL e o MME tiveram suas atribuições alteradas, passando o MME[8] a ter poderes significativos nas decisões das questões pertinentes do setor. A ANEEL passou a exercer as atividades de promoção das licitações por delegação, ficando, contudo, preservada sua competência para fiscalização das concessões, regulação tarifária e regulação da comercialização da energia elétrica.

As atividades de coordenação e controle da operação de geração e transmissão do sistema interligado continuaram a ser executadas pelo ONS, mantida como pessoa

---

5 Criada pela Lei 9.247/1996, suas competências foram posteriormente modificadas pelas Leis 9.648/1998, 9.649/1998, 9.986/2000, 10.438/2002 e 10.848/2004.

6 A Lei 10.683/2003 define as matérias que são de competência do MME, dentre eles: geologia, recursos minerais e energéticos, aproveitamento da energia hidráulica, mineração e metalurgia, petróleo, combustível e energia elétrica, inclusive nuclear. É também competência do MME a energização rural e a agroenergia, inclusive eletrificação rural, quando baseada em recursos vinculados ao Sistema Elétrico Nacional.

7 As Agencias Estaduais. A Lei 9.427/1996 autorizou a ANEEL a descentralizar suas atividades para os Estados. A descentralização tem sido feita mediante convênios de cooperação com agências reguladoras estaduais, constituídas por lei. As atividades delegadas são de fiscalização, ouvidoria e mediação entre consumidores e concessionárias, objetivando a agilização dos respectivos processos. Em contrapartida financeira a ANEEL repassa parte dos recursos decorrentes da arrecadação da taxa de Fiscalização para as agências estaduais.

8 Coube ao MME elaborar planos de outorga, definir diretrizes para os procedimentos licitatórios e promover licitação para outorga de concessão.

jurídica de direito privado, todavia autorizado não mais pela ANEEL, mas pelo Poder Concedente, sendo fiscalizado e regulado pela ANEEL.[9]

O setor elétrico brasileiro é, em sua grande parte, *interligado*, operando os seus principais agentes de forma coordenada, para maximização da eficiência do processo produtivo. Esta operação coordenada, implantada já na década de 70 e durante largo tempo dirigida pelo GCOI (Grupo Coordenador para Operação Interligada), é hoje atribuição do ONS, executada mediante despachos de geração.

Foram criadas a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)[10] e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE)[11]. A EPE foi criada como empresa pública de pesquisa e planejamento subordinada ao MME sendo que os estudos e pesquisas desenvolvidos pela entidade subsidiarão a formulação, o planejamento e a implementação de ações do MME. Já a CCEE foi criada para suceder o MAE[12] (que foi extinto pelo modelo atual), na forma de pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela ANEEL com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica. A CCEE é integrada, obrigatoriamente, pelos agentes do setor, inclusive consumidores livres. Coube à ANEEL instituir a Convenção de Comercialização que estabeleceu as condições de comercialização de energia elétrica e as bases de organização, funcionamento e atribuições da CCEE, bem como as regras e procedimentos de comercialização.[13]

---

9 Lei 10.484/04 alterou os artigos 13 e 14 da Lei 9.648/98. Dos 5 Diretores do ONS, 3 são indicados pelo MME, inclusive o Diretor Geral.

10 A criação da EPE foi autorizada pela Lei 10.847/2004.

11 A criação da CCEE foi autorizada pela Lei 10.848/2008 e Decreto 5.177/2004.

12 O MAE – Mercado Atacadista de Energia Elétrica, igualmente previsto pela Lei 9.648/98, inicialmente suportado pelo Acordo do Mercado, foi criado como um contrato multilateral de adesão assinado por agentes do setor elétrico (partícipes voluntários ou obrigatórios no MAE, conforme disposições do Decreto 2.655/98 e Resoluções ANEEL aplicáveis), destinado a processar as operações livres de compra e venda de energia elétrica, com destaque para as operações de curto prazo (mercado 'spot'). Posteriormente, foi autorizada a criação do MAE, nos termos da Lei 10.433/2002, como pessoa jurídica de direito privado, submetida à autorização, regulamentação e fiscalização da ANEEL. O MAE destinava-se, portanto, à disciplina comercial e financeira das operações de compra e venda de energia elétrica. Já o despacho e entrega da energia contratada eram, em sua maioria, coordenados e efetuados pelo ONS.

13 A Convenção de Comercialização foi regulada pelo Decreto 5.177/04 e Resolução Normativa da ANEEL n. 109 de 26/10/04.

É criado também, no âmbito do MME, o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico – CMSE[14], com a função de acompanhar e avaliar permanentemente a continuidade e a segurança do suprimento eletroenergético no território nacional.

Finalmente cumpre destacar a ELETROBRÁS – Centrais Elétricas Brasileiras S.A., empresa de capital aberto, com 52,45% das ações de propriedade do Governo brasileiro, 12,3% do BNDESPasr, 4,2% do FND e mais de 30% das ações negociadas nas Bolsas de Valores de São Paulo (BOVESPA), Madri e de Nova Iorque, atuando como agente do Governo Brasileiro. Ela é a holding das concessionárias de energia elétrica sob controle federal (CHESF, FURNAS, ELETRONORTE, ELTROSUL, etc.), é acionista da Itaipu Binacional com 50% das ações, acionista minoritária de algumas empresas estatais de energia elétrica sob controle de Estados, administra "fundos" constituídos por recursos da RGR, CCC,e CDE, administra as operações de compra e venda do PROINFA, financia empreendimentos públicos e privados de energia elétrica e comercializa, no Brasil, a energia elétrica produzida na usina binacional Itaipu.

17.3. As Atividades e Agentes do Setor

Em 1995, com o objetivo de organizar o sistema elétrico brasileiro e dar início a um processo de liberalização no setor, foram definidas e organizadas as tradicionais atividades de geração, transmissão e distribuição, bem como suas respectivas concessões.

O modelo concorrencial tinha como fundamento o estímulo à competição. Assim, com vistas a tornar mais flexível a oferta e a demanda, novos agentes foram inseridos no setor:

(i) os *Agentes Comercializadores* e *Agentes Importadores* de energia elétrica;

(ii) nova categoria de ofertantes (produtores) de energia elétrica: *o Produtor Independente,* definido como a pessoa jurídica ou o consórcio de empresas que

14 Constituído através do Decreto n.º 5.175/2004 tem o CMSE – Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico como principal objetivo de evitar o desabastecimento do mercado de energia elétrica. Para isto, deve acompanhar a evolução do mercado consumidor, o desenvolvimento dos programas de obras, identificando, inclusive, as dificuldades de caráter técnico, ambiental, comercial, institucional que possam afetar a regularidade e segurança de abastecimento.

recebe concessão ou autorização para exploração da energia elétrica destinada à comercialização total ou parcial, por sua conta e risco (isto é, sem a existência de mercado cativo, como ocorre com as concessionárias do serviço público de energia elétrica e sem a fixação de tarifas);

(iii) os chamados '*consumidores livres*', aptos a escolher o fornecedor de energia com quem contratarão, prevendo-se ainda a progressiva ampliação deste grupo de consumidores.

A competição se dá, pois, principalmente, nas atividades de geração e comercialização que passam a exigir um nível mínimo de regulamentação enquanto que a transmissão e a distribuição, consideradas monopólios naturais, são fortemente reguladas.

As novas regras em 2004 redefiniram a comercialização de energia entre esses agentes, especialmente no que se refere ao sistema de geração e distribuição.

Nos termos da Constituição Federal, atribuiu-se à União, titular dos potenciais de energia hidráulica, a competência para explorar diretamente ou mediante concessão, permissão ou autorização "os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água".[15]

Assim, no setor elétrico brasileiro, as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização são consideradas de forma distinta, inclusive para efeitos de outorga e contratação dos respectivos serviços.

Poderíamos resumir as regras com relação a essas atividades conforme segue:

17.3.1. Geração

A geração é entendida como a transformação em energia elétrica de qualquer outra forma de energia. Diferentemente de outros países, o setor elétrico brasileiro caracteriza-se por ter 93% de sua capacidade de geração de origem hidráulica.

15 Art. 21, XII, "b" da Constituição Federal.

As regras de outorga para exploração hidrelétrica e termelétrica consideram a modalidade de exploração (prestação de serviço público, exploração como produtor independente ou como autoprodutor[16]) e a capacidade dos potenciais hidráulicos e térmicos.

17.3.2. Transmissão

Por transmissão compreende-se o serviço público de transporte, em alta tensão, da energia elétrica produzida nas usinas geradoras até os centros consumidores. Como o Brasil tem sua matriz energética predominantemente hídrica, suas usinas são construídas onde existe potencial hidroenergético, muitas vezes em locais não próximos dos mercados consumidores, razão pela qual o país possui uma das redes de transmissão mais desenvolvidas do mundo, sendo ela ainda interligada em sua maior parte. A essa rede interligada de transmissão dá-se o nome de Rede Básica do Sistema Elétrico Interligado ou Sistema Interligado Nacional (SIN). Às regiões do País não atendidas pelas linhas de transmissão interligadas dá-se o nome de Sistemas Isolados.

É o sistema interligado que, do ponto de vista estrutural, permite a contratação do fornecedor de energia através da garantia de livre acesso dos agentes do setor e consumidores livres aos sistemas dos concessionários (ou permissionários) dos serviços públicos de transmissão e distribuição, mediante ressarcimento do custo de transporte envolvido.

Importa ressaltar, por fim, que o serviço de transmissão é explorado apenas pelo regime de concessão de serviço público, sendo, sem dúvida, um dos segmentos mais regulados do setor.

Cabe mencionar que, de acordo com a Lei nº 12.111, de 9 de dezembro de 2009, regulamentada pelo Decreto nº 7.246, de 28 de julho de 2010, as instalações de transmissão destinadas a interligações internacionais, conectadas à Rede Básica,

16 A Lei 9.074/95 e suas alterações posteriores e o Decreto 2.003/96 disciplinaram as atividades do Produtor Independente e do Autoprodutor de energia elétrica. Os Autoprodutores, considerados a pessoa física ou jurídica ou consórcio de empresas que recebam concessão ou autorização para produzir energia elétrica destinada ao seu uso exclusivo, podendo, mediante permissão específica, comercializar, nestas mesmas bases, seu excedente de energia elétrica de forma eventual e temporária.

passaram, a partir de 1º de janeiro de 2011, a ser objeto de concessão de serviço público de transmissão, mediante licitação, precedida de Tratado Internacional.

17.3.3. Distribuição

A distribuição é o serviço público de transporte de energia elétrica em baixa tensão por uma rede capilarizada, prestado a partir dos terminais das linhas de transmissão (onde é realizada a redução da tensão) até os consumidores finais.

O contrato de concessão de serviços de distribuição garante às concessionárias o fornecimento de energia para um público cativo localizado na sua área de concessão. Assim, os chamados consumidores cativos são aqueles que não podem exercer a opção de compra de outro fornecedor que não a distribuidora local. Por outro lado, os consumidores potencialmente livres são aqueles que, em função de sua carga e tensão (atualmente consumidores em tensão igual ou superior a 69 kV com uma demanda maior ou igual a 3 MW), apesar de localizados na área de concessão da distribuidora, podem optar pelo fornecimento de energia elétrica de outro fornecedor, estabelecendo livremente as condições de contratação. Os consumidores livres são aqueles que exerceram essa opção. A distribuidora está também obrigada a dar livre acesso às suas instalações de distribuição, mediante ressarcimento pelos custos de transporte.

17.3.4. Comercialização

A partir da promulgação da Lei 9.648/98, a comercialização passou a ser dotada de titulação específica, podendo ser executada dissociadamente das outras atividades do setor, mediante autorização. Assim, além das atividades de comercialização desenvolvidas pelos produtores e pelos distribuidores, existe a figura dos comercializadores, ou seja, empresas que, sem deter ativos físicos (redes, geradores, etc.), podem comprar energia e vendê-la para consumidores livres e para empresas de distribuição, além de realizarem operações de importação e exportação de energia elétrica.

17.3.5. Desverticalização das Atividades

Nos termos da Lei 10.848/2004, as concessionárias e autorizadas de geração do sistema interligado não podem mais ser controladoras ou coligadas de sociedades

que desenvolvam atividades de distribuição. Por outro lado, as distribuidoras não mais podem desenvolver atividades de geração, transmissão, e vender energia a consumidores livres, exceto às unidades consumidoras localizadas na sua área de concessão, exercer atividades estranhas ao objeto da concessão, bem como participar, de forma direta ou indireta, de outras sociedades, com algumas exceções. As atividades de geração e transmissão podem continuar a ser verticalmente integradas. A referida lei estabelece um prazo para que as empresas implementem o processo de desverticalização.

17.4. Contratação no Setor Elétrico

O modelo atual mudou substancialmente as regras para contratação de energia. Formalizou dois ambientes para comercialização de energia – um Ambiente de Livre Contratação (ALC) e um Ambiente de Contratação Regulada (Pool). Todos os agentes ficam obrigados a comercializar a energia do sistema interligado no ALC ou no Pool.

A compra de energia elétrica por concessionárias, permissionárias e autorizadas do serviço público de distribuição de energia elétrica do Sistema Interligado e o fornecimento de energia elétrica para o mercado regulado devem ser feitos no *Pool*. Assim, toda a venda de energia às distribuidoras deve ser feita no *Pool* e através de leilões, ficando as distribuidoras obrigadas a garantir a totalidade de seu mercado mediante contratação regulada.

Nesse sistema, a contratação é formalizada por meio de contratos bilaterais denominados Contrato de Comercialização de Energia no Ambiente Regulado (CCEAR), celebrados entre cada concessionária ou autorizada de geração e todas as empresas de distribuição. Os contratos poderão ser na modalidade de quantidade ou de disponibilidade de energia. As distribuidoras são obrigadas a oferecer garantias e a contratação será feita por meio de licitação realizada pela ANEEL que poderá promovê-las diretamente ou por intermediação da CCEE. Além disso, as tarifas de suprimento serão rigorosamente reguladas nesse ambiente, devendo ser homologadas pela ANEEL.

Os contratos para a compra e venda de energia celebrados no *Pool* envolverão necessariamente suprimentos de longo prazo: para empreendimentos existentes que já detêm concessão ou autorização (denominados “energia velha”), prazo de supri-

mento de no mínimo 3 e no máximo 15 anos e, para empreendimentos novos (denominados "energia nova"), prazo de suprimento de no mínimo 15 e no máximo 35 anos. De acordo com o MME, isso assegurará um fluxo de retorno estável aos investidores e também contribuirá para financiar as obras de expansão do setor elétrico.

Os Produtores Independentes (hidrelétricos e termelétricos) e os Autoprodutores que comercializem seus excedentes poderão participar do *Pool*, do ALC ou de ambos simultaneamente. Caso integrem o *Pool* e passem a contratar energia em tal ambiente, estarão sujeitos a todas as suas regras, ao passo que suas atividades no ALC continuarão por sua conta e risco.

No ALC deverão ser realizadas somente as operações de compra e venda de energia elétrica envolvendo os agentes concessionários e autorizados de geração, comercializadores, importadores de energia elétrica e consumidores livres.

A Contratação no ALC deve ser formalizada por contratos bilaterais livremente negociados pelas partes, conforme regras e procedimentos de comercialização específicos, cabendo à CCEE apenas o registro e a liquidação dos contratos firmados. Na CCEE devem ser registrados todos os contratos de venda de energia entre os agentes comercializadores, geradores, distribuidoras, consumidores livres, inclusive contrato de Itaipu, contratos iniciais, entre outros. Na CCEE devem ser também liquidadas as compras de energia no mercado de curto prazo (não cobertas por contratos bilaterais), cabendo a CCEE estabelecer o preço de liquidação de diferenças que será aplicado nessas transações.

Os consumidores livres podem comprar energia apenas das concessionárias de serviço público de geração, dos produtores independentes, dos autoprodutores com energia excedente, dos comercializadores, importadores e da distribuidora de sua área de concessão. As distribuidoras passaram, portanto, a não mais poder vender energia a consumidores livres, exceto aqueles localizados em sua área de concessão.

Estabeleceu-se que contratos registrados na CCEE não implicam na entrega física da energia elétrica e que as vendas da energia elétrica por qualquer agente do setor deve estar garantida por lastro por geração própria ou por contratos de compra e venda de energia. Pelo novo modelo, eventuais divergências entre os integrantes da CCEE deverão ser resolvidas por arbitragem.

No modelo atual as concessões e autorizações para a expansão da geração são obtidas através de leilões promovidos pelo MME (exceto as unidades de pequeno porte). Em tais leilões fica assegurada a venda integral (ou quase integral) da energia a ser produzida.

Com o advento da Lei nº 12.111/2009, a compra de energia pelas distribuidoras dos sistemas isolados passou a ser, nos moldes do que já ocorria no SIN, obrigatoriamente precedida de leilão.

17.4.1. Transmissão e Distribuição

Consideradas distintas as atividades de transmissão e distribuição, resta mencionar brevemente os contratos específicos.

No que tange à transmissão, as linhas constantes da Rede Básica do Sistema Elétrico Interligado são tornadas disponíveis ao ONS pelos concessionários de transmissão mediante a celebração de Contratos de Prestação de Serviços de Transmissão, sendo que esta entidade então celebra, como representante destes concessionários, Contratos de Uso dos Sistemas de Transmissão com os respectivos interessados. As demais instalações de transmissão, não integrantes da Rede Básica, tornam-se disponíveis diretamente aos usuários pelos concessionários de transmissão, sendo os respectivos contratos firmados com a interveniência do ONS. Em ambos os casos, é ainda necessária a celebração do Contrato de Conexão com a respectiva concessionária de transmissão, estabelecendo a responsabilidade pela implantação, operação e manutenção das instalações de conexão.

Quanto ao segmento de distribuição, devem ser firmados, com a concessionária ou permissionária de distribuição local, o Contrato de Uso do Sistema de Distribuição (CUSD) e o Contrato de Conexão ao Sistema de Distribuição (CCD).

A ANEEL fixa as tarifas de uso das instalações de transmissão e as tarifas de uso dos sistemas de distribuição de energia elétrica, na forma das resoluções aplicáveis.

Cumpre destacar que um dos grandes méritos do modelo anterior, mantido no modelo atual, foi a garantia de livre acesso dos agentes do setor às linhas de transmissão e distribuição e seu regramento.

17.5. Planejamento

O planejamento e controle das atividades do setor é um dos pilares do modelo atual. Coube à EPE elaborar estudos e pesquisas que subsidiarão a formulação, o planejamento e a implementação de ações do MME, no âmbito da política energética nacional.

O MME definirá a relação dos novos empreendimentos que poderão ser licitados e homologará a quantidade de energia elétrica a ser contratada para o atendimento de todas as necessidades do mercado nacional, bem como a relação dos novos empreendimentos de geração que integrarão o processo licitatório de contratação de energia.

Por outro lado, as empresas geradoras e distribuidoras de energia elétrica, os comercializadores e os consumidores livres passam a dever informar ao MME a quantia de energia necessária para o atendimento a seu mercado ou sua carga.

17.6. Conclusão

O atual modelo foi concebido pelo Governo como o arranjo institucional necessário para que o setor elétrico brasileiro atinja os seguintes objetivos principais: (i) modicidade tarifária; (ii) melhor qualidade na prestação do serviço; (iii) fornecimento ininterrupto de energia; (iv) justa remuneração para os investidores, de modo a incentivá-los a expandir o serviço; e (v) universalização do serviço.

Com recursos públicos escassos, a atração dos investimentos privados para o setor é o grande desafio no modelo atual, de modo a garantir o desenvolvimento econômico e social do País.

A Regulamentação das Instituições Financeiras e do Arrendamento Mercantil no Brasil

Capítulo 18

18.1. Instituições Financeiras

A base legal da regulamentação do setor financeiro e bancário brasileiro encontra-se na Constituição Federal (art. 192), na lei que dispõe sobre as instituições financeiras (Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964) e leis a elas relacionadas (tais como, a Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários, e a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, que versa sobre a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior). Além dessas leis, destacam-se os normativos baixados pelas autoridades monetárias, tais como as Resoluções

do Conselho Monetário Nacional (CMN) e as Circulares e Cartas-Circulares do Banco Central do Brasil (BACEN).

O Sistema Financeiro Nacional é composto pelo CMN, pelo BACEN, pelo Banco do Brasil S.A., pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e demais instituições financeiras públicas e privadas. Dentre essas instituições, destaca-se o CMN, autoridade monetária máxima, responsável pela formulação das políticas monetária e de crédito, inclusive relativas a câmbio e à regulamentação das operações das instituições financeiras em geral.

Por sua vez, cabe ao BACEN cumprir e fazer cumprir as normas expedidas pelo CMN e implementar as obrigações contidas em lei, tais como: exercer o controle de crédito sob todas as suas formas, efetuar o controle dos capitais estrangeiros, realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias, ser depositário das reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira e de direitos especiais de saque, fiscalizar todas as instituições financeiras, aplicar as penalidades previstas em lei, conceder autorização de funcionamento às instituições financeiras e estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas.

18.2. Principais Instituições Financeiras

18.2.1. Setor Público

No Brasil, os governos federal e estaduais controlam alguns bancos comerciais e instituições financeiras, que possuem, como principal objetivo, o incremento do desenvolvimento econômico, com maior ênfase nos setores da agricultura e da indústria. Além das atividades bancárias comerciais, os bancos estaduais de desenvolvimento atuam como filiais regionais independentes de desenvolvimento.

Os bancos controlados pelo governo brasileiro incluem o Banco do Brasil, o BNDES, e outros bancos do setor público de desenvolvimento, bancos comerciais e múltiplos. O Banco do Brasil, controlado pelo governo federal e que fornece uma larga escala de produtos bancários tanto a setores públicos quanto privados, é o maior banco comercial do Brasil. O BNDES, banco de desenvolvimento controlado pelo governo federal, tem como principal atividade a concessão de financiamentos, sendo o principal agente da política de investimentos do governo federal.

Tais financiamentos são concedidos ao setor privado, principalmente a indústrias, a médio ou longo prazo, de forma direta ou indireta, por meio de outras instituições financeiras do setor público ou privado. Outros bancos de desenvolvimento, comerciais e múltiplos do setor público incluem o Banco da Amazônia e Banco do Nordeste do Brasil S.A., bem como alguns bancos comerciais e múltiplos controlados por governos estaduais.

18.2.2. Setor Privado

O setor financeiro privado inclui bancos comerciais, bancos múltiplos, sociedades de investimento, financiamento e crédito, bancos de investimento, corretoras, cooperativas de crédito, sociedades de arrendamento mercantil, instituições seguradoras e outras entidades. No Brasil, os maiores participantes do mercado financeiro são os conglomerados financeiros, envolvidos na atividade bancária comercial e de banco de investimento, financiamento, arrendamento mercantil, negociação de valores mobiliários, corretagem e seguros. Há diferentes tipos de instituições financeiras do setor privado no Brasil, dentre os quais se destacam:

(a) Bancos Múltiplos: instituições financeiras, privadas ou públicas, que realizam operações ativas, passivas e acessórias, por intermédio das seguintes carteiras: comercial, de investimento e/ou de desenvolvimento, de crédito imobiliário, de arrendamento mercantil e de crédito, financiamento e investimento. Essas operações estão sujeitas às mesmas normas legais e regulamentares aplicáveis às instituições singulares correspondentes às suas carteiras, sendo que a carteira de desenvolvimento somente poderá ser operada por banco público. O banco múltiplo deve ser constituído com, no mínimo, duas carteiras, sendo uma delas, obrigatoriamente, comercial ou de investimento, e ser organizado sob a forma de sociedade anônima. As instituições com carteira comercial podem captar depósitos à vista. Na sua denominação social deve constar a expressão "Banco" (Resolução CMN nº 2.099, 17 de agosto de 1994).

(b) Bancos Comerciais: instituições financeiras, privadas ou públicas, que têm como objetivo principal proporcionar suprimento de recursos necessários para financiar, a curto e a médio prazos, o comércio, a indústria, as empresas prestadoras de serviços, as pessoas físicas e terceiros em geral. A captação de depósitos à vista, livremente movimentáveis, é atividade típica do banco

comercial, o qual pode também captar recursos por intermédio de depósitos a prazo e outros meios permitidos pela regulamentação em vigor. Deve ser constituído sob a forma de sociedade anônima e na sua denominação social deve constar a expressão "Banco" (Resolução CMN nº 2.099/94).

(c) Bancos de Investimento: instituições financeiras de natureza privada, especializadas em operações de participação societária de caráter temporário, de financiamento da atividade produtiva para suprimento de capital fixo e de giro e de administração de recursos de terceiros. Devem ser constituídos sob a forma de sociedade anônima e adotar, obrigatoriamente, em sua denominação social, a expressão "Banco de Investimento". Não possuem contas correntes e captam recursos via depósitos a prazo, repasses de recursos, externos e internos, e venda de cotas de fundos de investimento por eles administrados. As principais operações ativas são as de financiamento de capital de giro e capital fixo, subscrição ou aquisição de títulos e valores mobiliários, depósitos interfinanceiros e repasses de empréstimos externos (Resolução CMN nº 2.624, de 29 de julho de 1999).

18.3. Principais Requisitos para o Funcionamento das Instituições Financeiras no Brasil

De acordo com as disposições da Lei nº 4.595/64 e demais normativos pertinentes, a operação de instituições financeiras no Brasil deve observar, dentre outros, os seguintes requisitos:

(a) As instituições financeiras devem obter prévia autorização do BACEN e, quando houver participação de entidades estrangeira, adicionalmente por decreto do Poder Executivo;

(b) As instituições financeiras privadas, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades mediante prévia autorização do BACEN, solicitada justificadamente e concedida expressamente, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo CMN;

(c) As instituições financeiras somente podem ser proprietárias de imóveis se os ocuparem e utilizarem para a instalação e desenvolvimento de suas ativi-

dades. Se bens imóveis forem transferidos a uma instituição financeira, em decorrência de pagamento de dívida, deverá tal instituição transferir os referidos bens, no prazo de até um ano, prorrogável até duas vezes a critério do BACEN;

(d) As instituições financeiras devem observar, como regra, um limite de exposição, por cliente, em montante correspondente a 25% de seu Patrimônio de Referência, na contratação de operações de crédito e de arrendamento mercantil e na prestação de garantias, inclusive em relação a créditos decorrentes de operações com derivativos (Resolução CMN nº 2.844, de 29 de junho de 2001).

(e) As instituições financeiras não podem conceder empréstimos a qualquer empresa que detenha mais do que 10% de seu capital social, salvo em circunstâncias excepcionais, limitadas e sujeitas à aprovação prévia do BACEN.

(f) As instituições financeiras não podem conceder empréstimos a qualquer empresa em que detenha mais do que 10% do capital social, exceto na hipótese de aquisição de títulos de dívida emitidos por suas subsidiárias de arrendamento mercantil.

(g) As instituições financeiras não podem conceder empréstimos a seus diretores e membros dos conselhos consultivos ou administrativo, fiscais e assemelhados, bem como aos respectivos cônjuges ou parentes, até o 2º grau.

18.4. Padrões Mínimos de Capitalização das Instituições Financeiras

A Resolução CMN nº 2.099/94, conforme alterada, adaptou, com algumas modificações, a regulamentação bancária do Brasil às regras de adequação de capital, baseada no risco, em cumprimento do Acordo de Basileia. Ao mesmo tempo, estabeleceu tal Resolução níveis mínimos de capitalização para as instituições financeiras, de acordo com as atividades desenvolvidas. Normas posteriores instituíram critérios de verificação de solvência mais rigorosos que, em termos gerais, são mais restritivos do que aqueles estabelecidos no Acordo de Basileia. Nos termos da Resolução CMN nº 2.099/94, foram estabelecidos os seguintes níveis mínimos de capitalização:

I. R$ 17.500.000,00 (dezessete milhões e quinhentos mil reais): banco comercial e carteira comercial de banco múltiplo;

II. R$ 12.500.000,00 (doze milhões e quinhentos mil reais): banco de investimento, banco de desenvolvimento, correspondentes carteiras de banco múltiplo e caixa econômica;

III. R$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais): sociedade de crédito, financiamento e investimento, sociedade de crédito imobiliário, sociedade de arrendamento mercantil e correspondentes carteiras de banco múltiplo;

IV. R$4.000.000,00 (quatro milhões de reais): agência de fomento;

V. R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais): companhia hipotecária;

VI. R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, que administrem fundos de investimento nas modalidades regulamentadas pelo BACEN – exceto fundos de investimento em quotas de fundos de investimento – ou sociedades de investimento, que sejam habilitadas à realização de operações compromissadas, bem como realizem operações de garantia firme de subscrição de valores mobiliários para revenda, de conta margem e/ou de swap, em que haja assunção de quaisquer direitos ou obrigações com as contrapartes;

VII. R$ 550.000,00 (quinhentos e cinquenta mil reais): sociedade corretora de títulos e valores mobiliários e sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, que exerçam atividades não incluídas no item anterior;

VIII. R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais): sociedade corretora de câmbio; e

IX. R$ 200.000,00 (duzentos mil reais): sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte.

Tratando-se de instituição que tenha a agência sede ou matriz e, no mínimo, 90% (noventa por cento) de suas dependências em funcionamento fora dos Estados do Rio de Janeiro e/ou de São Paulo, os níveis de capital realizado e patrimônio

líquido exigidos terão redução de 30% (trinta por cento), com exceção de agência de fomento e de sociedade de crédito ao microempreendedor e à empresa de pequeno porte.

Para banco múltiplo, banco comercial, banco de investimento ou agência de fomento operarem no mercado de câmbio deve ser adicionado o montante de R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) aos valores de capital realizado e patrimônio líquido.

Além da exigência de limite mínimo de capital realizado e patrimônio líquido, as instituições financeiras deverão manter o valor do patrimônio líquido ajustado compatível com o grau de risco da estrutura dos seus ativos, de acordo com a classificação de riscos descrita na própria Resolução CMN nº 2.099/94.

A Resolução CMN nº 3.398, de 29 de agosto de 2006 estabelece que, caso seja constatado o descumprimento dos padrões de capital mínimo ou dos limites operacionais, o BACEN convocará os representantes legais da instituição e, se necessários, seus controladores, para informarem sobre as medidas que serão adotadas com vistas à regularização do descumprimento. A instituição deverá apresentar, para a aprovação do BACEN, um plano de regularização contendo as medidas que deverão ser adotadas para enquadramento e respectivo cronograma de execução, o qual não poderá ser superior a seis meses, prorrogáveis a critério do BACEN por mais dois períodos iguais.

18.5. Investimento Externo em Instituições Financeiras Brasileiras

O artigo 52 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal brasileira admite a abertura de novas agências de instituições financeiras com sede no exterior e o aumento no capital de instituições financeiras com sede no País, por parte de pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no exterior, somente quando o respectivo investimento a ser realizado resultar de acordo internacional, de reciprocidade ou de interesse do governo federal. Tais investimentos estrangeiros estão sujeitos a registro junto ao BACEN, da mesma forma como os investimentos estrangeiros em outros setores da economia, em conformidade com a Lei nº 4.131/62.

Além do mais, cabe ressaltar que as instituições financeiras estrangeiras somente

poderão funcionar no Brasil mediante decreto do Poder Executivo e estarão sujeitas às mesmas vedações, ou restrições equivalentes, aplicáveis a bancos brasileiros instalados, ou que pretendem se instalar, no país da matriz das referidas instituições estrangeiras.

18.6. Arrendamento Mercantil

As operações de arrendamento mercantil são regidas pela Lei nº 6.099, conforme alterada, e Resolução CMN nº 2.309, de 28 de agosto de1996.

Sociedades brasileiras de arrendamento mercantil. Somente sociedades de arrendamento mercantil, autorizadas a operar pelo BACEN, podem realizar operações de arrendamento mercantil no mercado brasileiro. Os investimentos estrangeiros em sociedades de arrendamento mercantil estão sujeitos à mesma disciplina aplicável às instituições financeiras em geral, conforme acima descrito.

Para ser autorizada a realizar operações de arrendamento mercantil, a sociedade deve se encontrar constituída como sociedade anônima. A sociedade deve satisfazer às exigências mínimas de capital determinadas pelo CMN. As atividades das sociedades de arrendamento mercantil estão restritas à realização de atividades de arrendamento e, de sua denominação social, deverá obrigatoriamente constar a expressão “Arrendamento Mercantil”.

Os prazos mínimos estabelecidos na regulamentação em vigor para as operações de arrendamento mercantil financeiro variam de dois a três anos, dependendo da vida útil dos respectivos bens. As contraprestações e outros pagamentos devem ser estipulados em moeda corrente nacional e poderão ser ajustados conforme taxas de juros flutuantes ou de acordo com a variação do custo de captação dos fundos no mercado interno ou mesmo pela variação do dólar ou outra moeda, no caso de operações realizadas com recursos provenientes do exterior.

As regras acima sobre prazos mínimos e reajuste das contraprestações e outros pagamentos não se aplicam às operações de locação ou de arrendamento mercantil operacional. No caso dessas últimas, elas são igualmente privativas de bancos múltiplos com carteira de arrendamento mercantil e de sociedades de arrendamento mercantil e também se encontram sujeitas à disciplina prevista na Resolução nº 2.309/96. Operações de locação são regidas pelo Código Civil.

Arrendamento Mercantil Internacional. As operações de arrendamento mercantil internacional, tanto os financeiros como os operacionais, são atualmente disciplinadas pela Resolução do BACEN nº 3.844, de 24 de março de 2010, e pela Circular do BACEN nº 3.491, também de 24 de março de 2010. Tais regulamentações dispõem que serão objeto de registro no BACEN: (i) as operações de arrendamento mercantil financeiro externo (leasing financeiro), contratadas entre arrendador domiciliado no exterior e arrendatário no Brasil, que tenham prazo de pagamento superior a 360 dias, e (ii) as operações contratadas entre pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no Brasil e pessoa física ou jurídica residente, domiciliada ou com sede no exterior, relativas a arrendamento mercantil operacional externo, com prazo superior a 360 dias.

Os contratos nas duas modalidades de arrendamento mercantil externo podem ter como objeto bens de capital, bens móveis e/ou bens imóveis, de propriedade de estrangeiros, novos ou usados, observando-se as normas que regem a importação no momento do ingresso dos bens no País.

Para fins de registro no BACEN, o arrendamento mercantil operacional externo deve observar as seguintes regras: (i) as contraprestações devem contemplar o custo de arrendamento do bem e dos serviços inerentes a sua colocação à disposição da arrendatária, não podendo o valor dos pagamentos ultrapassar 90% do custo do bem; (ii) o prazo contratual deve ser inferior a 75% do prazo de vida útil do bem; (iii) o preço para o exercício da opção de compra deve corresponder ao valor de mercado do bem arrendado; e (iv) o contrato não pode conter previsão de pagamento de valor residual garantido.

Já para o arrendamento mercantil financeiro externo, aplicam se as seguintes regras: (i) o prazo total da operação deve-se limitar à vida útil do bem; (ii) as contraprestações devem ser compatíveis com as praticadas no mercado internacional; (iii) as prestações contratuais, em parcelas fixas, devem ser distribuídas no tempo de tal forma que, em qualquer momento da vigência do contrato, a proporção entre o montante total já transferido ao exterior e o valor do arrendamento não seja superior à proporção existente entre o prazo já decorrido e o prazo total da operação; e (iv) o contrato deve conter cláusula de opção de compra ou de renovação do prazo de vigência do contrato.

De acordo com o previsto na Resolução nº 3.844/2010 e na Circular nº 3.491/2010, para fins de registro de operação de arrendamento mercantil externo no BACEN,

será considerada como vida útil do bem aquela informada, conforme o caso: (i) pelo fabricante, no caso de se tratar de bem novo, (ii) pelo fabricante ou organização especializada, estrangeira ou nacional, no caso de bem usado, ou (iii) por empresa especializada, em caso de bem imóvel.

INTERNET E COMÉRCIO ELETRÔNICO

Capítulo 19

19.1. Internet

O Comitê Gestor Internet do Brasil (CGI.br) foi criado em 1995 por meio da Portaria Interministerial 147 do Ministério das Comunicações e do Ministério da Ciência e Tecnologia. Em sua concepção, o CGI.br tinha como atribuições principais:

- acompanhar a disponibilização de serviços Internet no país;
- coordenar a alocação de endereços IP (Internet Protocol) e o registro de nomes de domínio; e
- estabelecer recomendações estratégicas, técnicas e operacionais para a Internet no Brasil.

Em 2003, o Decreto Presidencial 4.829 modificou as atribuições do CGI.br e criou novas normas de funcionamento do Comitê. Após esta alteração legislativa, as principais atribuições e responsabilidades do CGI.br passaram a ser as seguintes:

I. estabelecer diretrizes estratégicas relacionadas ao uso e desenvolvimento da Internet no Brasil;

II. estabelecer diretrizes para a organização e administração do registro de nomes de domínio e na alocação de endereços IP (Internet Protocol);

III. promover estudos, propor programas de pesquisa e desenvolvimento relacionadas à Internet e recomendar procedimentos, normas e padrões técnicos e operacionais, para a segurança das redes e serviços de Internet;

IV. articular as ações relativas à proposição de normas e procedimentos relativos à regulamentação das atividades inerentes à Internet.

Para executar suas atividades, o CGI.br criou uma entidade civil, sem fins lucrativos, denominada "Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR" – NIC.br. A criação desta pessoa jurídica conferiu maior autonomia administrativa, facilitando a execução das atividades atribuídas ao CGI.br, como, por exemplo, a arrecadação de valores pelo registro de nomes de domínio.

Atualmente, o Marco Civil constitui a principal iniciativa legislativa sobre Internet no Brasil. O Marco Civil pretende estabelecer direitos e obrigações de usuários, provedores de acesso, portais e demais agentes da Internet. Os princípios dessa iniciativa são:

- a preservação dos registros de conexão e outros dados que possibilitem rastrear atos criminosos praticados na Internet;
- a neutralidade de rede;
- a privacidade de dados de usuários;
- a responsabilidade por atos praticados online e por conteúdos publicados na Internet.

19.2. Nome de domínio

O nome de domínio tem por objetivo identificar e localizar computadores na Internet. A atividade de registro de nomes de domínio no Brasil cabe ao NIC.br, por delegação do CGI.br (Resolução CGI.br 01/05). O registro dos nomes de domínio obedece às disposições da Resolução CGI.br 08/08.

As resoluções acima citadas estabelecem que o direito ao nome de domínio é conferido ao primeiro que a requerer (atendidas as exigências aplicáveis). Não são passíveis de registro nomes de domínio que usem palavras de baixo calão ou que pertençam a nomes reservados mantidos pelo CGI.br ou pela NIC.br, nem aqueles que possam induzir terceiros a erro, como no caso de nomes que representam marcas de alto renome ou notoriamente conhecidas (exceto quando requeridos pelo respectivo titular).

A composição do nome de domínio deve respeitar a propriedade industrial de terceiros. Assim, o titular do registro de uma determinada marca junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) poderá impedir a utilização como nome de domínio de terceiros. Diferentemente do registro da marca no INPI, o registro do nome de domínio no NIC.br não possui natureza constitutiva. Trata-se de mero cadastro gerencial, cujo objetivo é evitar duplicidade de nomes e viabilizar os procedimentos técnicos que tornam o endereço acessível via Internet.

O registro do domínio pode ser cancelado, dentre outras hipóteses, pela inobservância das regras previstas pelo CGI.br, descumprimento de compromisso de empresa estrangeira estabelecer-se no Brasil até doze meses de declaração prestada ao CGI.br, ou por ordem judicial (art. 9º da Resolução CGI.br 08/08). Os nomes de domínio têm sido objeto de diversas ações judiciais, na maioria das quais se pleiteia o cancelamento, a suspensão ou a transferência do nome de domínio ao autor da ação, bem como a abstenção de uso do nome de domínio pelo réu.

O Brasil está implantando um mecanismo administrativo para dirimir disputas relacionadas a nomes de domínios ".br", denominado Sistema Administrativo de Conflitos de Internet ou SACI-Adm. O sistema tem por objetivo a solução de litígios entre o titular de um nome de domínio ".br" e qualquer terceiro que conteste a legitimidade desse registro. O SACI-Adm se limita a determinar a manutenção do registro, a sua transferência ou o seu cancelamento. O titular do nome de domínio objeto do conflito aderirá ao SACI-Adm através do próprio contrato que regula o registro de nomes de domínio ".br".

19.3. Propriedade Intelectual

Aplicam-se às obras inseridas no ambiente do comércio eletrônico (textos, músicas, desenhos, fotografias, programas de computador, etc.) as disposições da Lei

de Direitos Autorais (Lei nº 9.610, de 19/2/98) e da Lei do Software (Lei nº 9.609, de 19/2/98). Verificam-se pelo menos quatro modalidades de expressão intelectual presentes nos meios atualmente utilizados no comércio eletrônico: (i) os programas de computador, (ii) a obra de multimídia, (iii) os websites e (iv) a base de dados eletrônica.

Os programas de computador gozam da proteção conferida pela Lei do Software e pela própria Lei de Direitos Autorais. A obra de multimídia, que reúne várias formas de expressão, goza da proteção da Lei de Direitos Autorais, através dos dispositivos aplicáveis a cada uma das formas de expressão que integram. O website também é protegido pela citada lei, na medida em que o são as diversas obras protegidas que o integram (expressão gráfica, sons, programas de computador, etc.). As bases de dados eletrônicas são protegidas pela Lei de Direitos Autorais, quando, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual, mas não se confere proteção à base de dados quando estes requisitos não forem atendidos. Questões relativas à necessidade de proteção adicional ao website, no que diz respeito a outras formas de expressão criativa nele contidas (e.g "estrutura" e "métodos comerciais"), e ao conteúdo das bases de dados eletrônicas (dados propriamente considerados) têm sido objeto de discussão entre especialistas, e ainda carecem de adequado suporte legal no Brasil.

19.4. Aspectos Gerais do Comércio Eletrônico

Comércio eletrônico é a compra e venda de produtos, ou a prestação de serviços, realizada em estabelecimento virtual. Baseia-se na transferência eletrônica de informação entre três grupos básicos de participantes: empresa, governo e indivíduos.

Entre as modalidades mais recentes de comércio eletrônico estão o m-Commerce e o t-Commerce. O m-Commerce é a possibilidade de se realizar transações comerciais através de aparelhos móveis (celulares, palmtops, dentre outros) e t-Commerce é o termo usado para o e-Commerce realizado a partir de televisores digitais conectados à web, que funciona como canal de comunicação para comercialização de qualquer produto, através de simples comandos no controle remoto.

O comércio eletrônico no Brasil apresenta claros sinais de evolução e, em decorrência do seu desenvolvimento, foi criada, em maio de 2001, a "Câmara Brasileira

de Comércio Eletrônico", entidade multi-setorial da economia digital no Brasil e na América Latina, que busca promover, representar e defender os interesses coletivos de empresas, entidades e usuários associados, envolvidos em atividades de comércio e negócios eletrônicos.

Em sintonia com esse panorama, a área de serviços governamentais eletrônicos também vem ganhando forças no cenário político, principalmente de investimentos em tecnologia e planejamento. Em outubro de 2000 foi criado o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, com o objetivo de formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular ações de implantação do Governo Eletrônico, voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão.

O serviço de Governo Eletrônico (e-Gov) é uma ferramenta eletrônica de relacionamento entre governo-governo (G2G), governo-fornecedor (G2B) e governo-cidadãos (G2C), que traz mudanças significativas no relacionamento entre o governo e a sociedade, demandando das instituições investimento em infra-estrutura tecnológica que viabilize o grau de segurança exigido, garantindo o direito dos cidadãos à privacidade e à transparência dos seus governantes. São exemplos vivos de programas on-line, os pregões eletrônicos federais, as licitações públicas, a Rede Governo, o portal Minas, o leilão reverso eletrônico em São Bernardo do Campo, o portal próprio Comprasnet, dentre diversos outros serviços oferecidos por governos estaduais e municipais.

19.5. Aspectos legais do Comércio Eletrônico

O Brasil ainda não dispõe de uma lei que trate especificamente de comércio eletrônico. Especialistas e autoridades governamentais ainda discutem a necessidade de maior ou menor regulamentação sobre o assunto. Há consenso, entretanto, de que é necessária a adoção de legislação específica, para a segurança jurídica dos negócios realizados no meio virtual.

Atualmente, encontram-se em tramitação no legislativo federal projetos de lei sobre comércio eletrônico, dentre eles: os Projetos de Lei da Câmara nº 1.589/99 (a que está apensado o PL nº 1.483/99), nº 6.965/02 e nº 7.093/02 (os quais estão apensados ao PL nº 4.906/01 de origem no Senado) e nº 3.303/00 (apensado ao 3016/2000) e os Projetos de Lei do Senado nº 672/99 (proposição originária), tendo como seu substitutivo o PL 4.906/01 (com vários apensos) .

O Projeto de Lei nº 1.589/99, elaborado pela Comissão Especial de Informática Jurídica da OAB/SP, inspirou-se na proposta de diretiva europeia (hoje aprovada sob o nº 1999/93/CE), bem como nas sugestões contidas na Lei Modelo de Comércio Eletrônico (1996) da Comissão de Direito do Comércio Internacional da Organização das Nações Unidas – UNCITRAL. Em síntese, trata dos seguintes aspectos: (i) desnecessidade de autorização prévia para oferta de bens e serviços em razão do meio eletrônico; (ii) obrigatoriedade de identificação do ofertante, do armazenador, do provedor de acesso e dos sistemas de segurança para o arquivamento do contrato eletrônico; (iii) regras de utilização de informações de caráter privado; (iv) segurança e certificação eletrônica das transações; (v) responsabilidades dos intermediários, transmissores e armazenadores de informações; (vi) aplicabilidade das normas de proteção e defesa do consumidor ao comércio eletrônico; (vii) eficácia jurídica das assinaturas eletrônicas e dos documentos eletrônicos; (viii) certificações eletrônicas públicas e privadas; (ix) responsabilidade de tabeliães relacionada à atividade de certificação eletrônica; (x) registros eletrônicos; (xi) competência do Poder Judiciário para autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício das atividades de certificação; (xii) competência do Ministério da Ciência e Tecnologia para regulamentar os aspectos técnicos das certificações; (xiii) as sanções administrativas e penais aplicáveis.

O Projeto de Lei nº 3.303/00 regula a operação e o uso da internet em âmbito nacional, trazendo como inovações, dentre outras: (i) a classificação do provedor de acesso como prestador de serviços de valor adicionado ao serviço de telecomunicação; (ii) a instituição de mecanismos de segurança, cadastro de usuários juntos aos provedores de acesso e meios adequados para a identificação de práticas ilícitas na internet; (iii) a realização dos registros e a coordenação dos nomes de domínio pelo Comitê Gestor da Internet do Brasill e (iv) a criação de Conselho de Ética da Internet.

O Projeto de Lei nº 672/99, apresentado apenas poucos meses após o PL 1.589/99, incorpora quase integralmente os preceitos da Lei Modelo da UNCITRAL e toca nos seguintes pontos: (i) reconhecimento de efeitos jurídicos às mensagens de dados; (ii) equiparação da mensagem eletrônica à mensagem impressa; (iii) equiparação dos métodos de identificação eletrônicos à assinatura; (iv) autenticidade de informações em meio eletrônico; (v) conservação de mensagens eletrônicas; (vi) validade das declarações de vontade e formação de contratos através de mensagens eletrônicas; (vii) princípios aplicáveis à determinação do remetente, do destinatário, do tempo e do lugar relativos ao envio e ao recebimento das mensagens eletrônicas.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.906/01 regula o comércio eletrônico em todo o território nacional, destacando a necessidade de uniformização das normas de comércio eletrônico em nível internacional, criando dispositivos que regulamentam a aplicação de requisitos legais às mensagens eletrônicas e a comunicação de mensagens eletrônicas, inclusive quanto à celebração e validade dos contratos celebrados virtualmente.

19.6. Aplicabilidade das normas gerais de direito brasileiro

Ante a inexistência de lei específica para regulamentar as questões jurídicas oriundas das relações virtuais, são aplicáveis ao comércio eletrônico no Brasil, seja diretamente ou por analogia, os preceitos das leis atualmente em vigor no território nacional, pertinentes aos negócios e práticas tradicionais do comércio. Aplicam-se, ainda, os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil no que for relevante, dado o caráter transnacional do comércio eletrônico.

19.6.1. Normas aplicáveis à formação dos contratos

Assim como os atos jurídicos em geral, cuja validade depende apenas de agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, aqueles realizados em ambiente virtual reputam-se igualmente válidos quando atendidos tais requisitos, à luz do Código Civil Brasileiro.

Neste sentido, a contratação eletrônica entre presentes considera-se efetivada quando a proposta e a aceitação realizam-se de forma imediata (on-line), aplicando-se, nesse caso, o artigo 428, I, do Código Civil/2002. Por sua vez, a contratação eletrônica entre ausentes ocorrerá quando a proposta e a aceitação forem mediante correios eletrônicos (e-mails) desde que não estejam conectados on-line, aplicando-se neste caso o artigo 434 do Novo Código Civil.

19.6.2. Lei aplicável e competência jurisdicional

O artigo 435 do Novo Código Civil brasileiro preceitua que o contrato reputa-se celebrado no local onde foi feita a proposta. A Lei de Introdução ao Código Civil dispõe, em seu artigo 9º, que as obrigações decorrentes do contrato regem-se pela lei do país onde se constituírem, estabelecendo, também, que tais obrigações reputam-se constituídas no lugar onde residir o proponente. Assim, uma operação

comercial eletrônica celebrada entre partes situadas em países diferentes será regulada pela lei do país onde residir o proponente. Significa dizer que se uma proposta é feita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro, e aceita por empresa ou pessoa residente no Brasil, a lei aplicável será a do país estrangeiro, e, ao inverso, se a proposta é feita por empresa ou pessoa residente no Brasil, e aceita por empresa ou pessoa residente no estrangeiro, a lei aplicável será a lei brasileira.

A competência para julgamento dos conflitos advindos de contratos virtuais ainda não foi regulamentada, no Brasil, por lei escrita. A inexistência de fronteiras e referências físicas na internet dificulta a identificação do órgão jurisdicional competente para julgamento. O Projeto de Lei nº 672/99 adota as linhas básicas da Lei Modelo da UNCITRAL, que, em matéria de competência, institui que o lugar de envio ou recebimento de uma mensagem eletrônica será sempre o do estabelecimento dos contratantes, salvo (i) quando o remetente e o destinatário não possuírem estabelecimento, quando será considerada, para fins de competência, a residência habitual destes; e (ii) quando os contratantes tiverem mais de um endereço, hipótese em que será considerado o local que guarde mais relação com a transação.

A competência internacional geral do judiciário brasileiro, quando o contrato é celebrado entre contratantes situados em países diferentes, rege-se pelas regras dos artigos 88, 89 e 90 do Código de Processo Civil, que estabelecem que a autoridade judiciária brasileira será competente quando: (i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, (entendendo-se como domiciliadas no país as pessoas jurídicas que aqui tiverem filial, agência ou sucursal), (ii) a obrigação tiver que ser cumprida no Brasil, e (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou praticado no Brasil.

Assim, no contrato eletrônico celebrado por duas empresas situadas em países diferentes, sendo a proponente sediada no estrangeiro, sem possuir filial no Brasil, a lei aplicável será a do país estrangeiro. Considerando que a obrigação decorrente do contrato tenha que ser cumprida no Brasil, a justiça brasileira será competente para processar e julgar o caso.

19.6.3. Normas aplicáveis à prova documental

O Código de Processo Civil estabelece que são hábeis a provar a verdade dos fatos todos os meios legais e moralmente legítimos, ainda que não nominados. O

Código Civil/2002 dispõe, em seu artigo 225, que quaisquer reproduções eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova destes, desde que a parte contrária não lhes impugne a exatidão. Portanto, no caso de impugnação pela parte contrária, a prova acerca de informações mantidas sob a forma de registros eletrônicos acaba, de modo geral, dependendo de exame pericial, sendo que a questão da possibilidade de alteração do conteúdo de um documento eletrônico e da incerteza de sua autoria permanecem, até o momento, sem tratamento adequado no ordenamento vigente.

19.6.4. Normas aplicáveis às responsabilidades dos ofertantes de bens ou serviços

A responsabilidade por bens e serviços comercializados por meio eletrônico se submete às mesmas normas legais aplicáveis à comercialização por outros métodos.

Em especial, quando ofertados ao público consumidor, estarão as respectivas transações eletrônicas sujeitas às normas do Código de Proteção e Defesa Consumidor – Lei nº 8.078/90. A aplicação deste se dará quando se tratar de relação de consumo, caracterizada simplesmente pela presença da figura do consumidor (pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final) e do fornecedor de bens ou serviços (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços) em cada um dos pólos da transação.

Nas relações de consumo internas, via comércio eletrônico, são aplicáveis os preceitos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente quanto (i) ao direito de informações sobre o fornecedor e sobre as características do produto ou serviço ofertado; (ii) à proteção contra práticas comerciais consideradas abusivas e à publicidade enganosa; (iii) aos bancos de dados e cadastro de consumidores; (iv) ao direito de arrependimento e (v) ao caráter vinculante da oferta.

Sobre o e-Commerce realizado entre empresários, seja através do uso da internet (business to business), seja através do uso do correio eletrônico (eletronic data interchange) não se aplica a Lei Consumerista, já que o empresário não é o destinatário final do produto.

Nas relações de consumo em que se extrapolem as fronteiras nacionais (transnacionais), realizadas via comércio eletrônico, será aplicado o § 2º do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe que "a obrigação resultante do contrato reputar-se-á constituída no lugar onde residir o proponente." Assim, no caso de a empresa proponente estar domiciliada no exterior e não possuir estabelecimento no Brasil, o consumidor não estará amparado pelo CDC, incidindo as leis do país onde se encontra o proponente.

Ressalte-se que a matéria ainda não é pacífica, existindo entendimento jurisprudencial no sentido de que, nas relações de consumo externas, havendo representante do fornecedor no Brasil, este poderá ser acionado consoante o Código de Defesa do Consumidor, em virtude da solidariedade existente na regras pertinentes à responsabilidade nas relações de consumo.

19.6.5. O spam ou lixo informático

A prática do spam, que consiste no envio de correspondências eletrônicas indesejadas, encontra vedação legal na legislação consumerista, que estabelece a proibição do fornecedor de enviar ou entregar produtos ou serviços ao consumidor, sem solicitação prévia. Os fornecedores que enviam spam podem ser punidos em face do artigo 6º, V, e do artigo 84, ambos do Código de Defesa do Consumidor. Existem, ainda, projetos de lei que disciplinam, especificamente, o envio de spam, dentre eles: o PL 21/04 e o PL 36/04 (apensados ao PL 367/03), o PL 2766/03 e o PL 757/03 (sobre o envio de spam em celulares) e o PL 2186/03 (em que estão apensados o PL 2423/00, 3731/04, 3872/04, 2423/03).

19.7. Aspectos tributários do Comércio Eletrônico

O comércio eletrônico implica uma multiplicidade de transações que trazem repercussões na esfera tributária, que tem sido objeto de preocupação mundial. A tributação no fornecimento de produtos através do comércio eletrônico consiste no ICMS – Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços -, mesmo que a mercadoria seja oriunda de outro país, nos termos do artigo 155, parágrafo 2º, inciso IX, da Constituição Federal.

Quanto aos serviços de provimento de acesso à Internet, embora ainda haja divergência sobre a espécie tributária incidente – se ICMS, ISSQN ou nenhum deles – a doutrina e jurisprudência têm entendido que o ICMS não incide sobre a prestação

de serviços de provimento de acesso à Internet por não constituir serviços de comunicação, nos termos do art. 155, II, da CF (Acórdão da 2ª Turma do STJ. REsp nº 456.650/PR, de Rel.: Min. ELIANA CALMON. J. 24/6/2003. DJU. 8/9/2003)[1]. A questão é importante face à diferença de alíquota entre os impostos, que pode chegar a 20%, já que no comércio eletrônico o ICMS pode atingir alíquotas de até 25%, enquanto o ISS poderá alcançar a máxima de 5%.

A Constituição Federal outorga aos Municípios competência para instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN, não compreendidos no âmbito de incidência do ICMS e definidos em lei complementar. Entretanto, os serviços de provimento de acesso a Internet não se encontram descritos nas listas anexas ao Decreto-lei nº 406/68 (aplicável até 31/7/2003) e à Lei Complementar nº 116/03 (aplicável a partir de 1º/8/2003), que definem os serviços passíveis de tributação pelo ISS. Portanto, além de não sofrerem tributação pelo ICMS, os serviços de acesso a Internet também não constituem fato gerador tributável pelo ISS, uma vez que não se encontram abrangidos na lista de serviços.

Saliente-se, contudo, que o Projeto de Lei nº 3.303 propõe a classificação dos provedores de internet como prestadores de serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

19.8. Eficácia probatória do documento eletrônico

O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de o jurisdicionado utilizar-se dos avanços tecnológicos para demonstrar os fatos articulados no curso da atividade jurisdicional. Em nome do princípio constitucional da ampla defesa, pode ele valer-se das atuais formas contratuais advindas do avanço e da utilização da informática ou "telemática".

19.8.1. Teoria Geral das Provas

Prova é o meio utilizado pelos litigantes para obter o convencimento do Magistrado sobre um fato que lhe é favorável no curso de uma demanda judicial. O julgamento

1 O que foi confirmado pela MC 10388/SP, Ministro Luiz Fux, DJ 20/02/06; Resp 736607/PR, Ministro Francisco Falcão, j. 25/10/2005; Resp 511390/MG, Ministro Luiz Fux, j. 19/05/2005; AgRg nos EDcl no Ag 883.278/RJ, Ministro Luiz Fux, j. 04/03/2008.

da maior parte dos litígios exige a solução de questões de fato. Em regra o acesso do juiz a tais fatos depende de provas. Teoricamente pelo menos, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta dos mecanismos probatórios.

O destinatário da prova é o Magistrado. O julgamento deve ser proferido de conformidade com as provas inseridas no processo (art. 128 do Código de Processo Civil). O juiz decidirá segundo a verdade dos autos e não segundo a verdade da natureza (verdade real). Justifica-se essa limitação como forma de evitar-se o arbítrio.

Durante a fase probatória, a ação do juiz deve ser extremamente cuidadosa e buscar amplo acesso a todos os meios necessários para uma avaliação e análise criteriosa e para a formação de seu convencimento. O indeferimento injustificado da produção de prova pelo magistrado, constitui cerceamento de defesa (art. 5º, LV, Constituição Federal). O Julgador, a partir de critérios ditados por Lei (persuasão racional), tentará reconstruir os fatos discutidos nos autos para precisar de que maneira eles teriam sido presenciados. O Julgador é livre para analisar os fatos. Contudo, essa liberdade não significa, é claro, arbítrio judicial.

Quanto aos meios de prova, nosso sistema legal não adota uma enumeração taxativa, mas admite "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código." (artigo 332, do Código de Processo Civil). O ordenamento brasileiro admite, inclusive, as "provas atípicas" ou "inominadas", muito embora repudie as provas "ilegítimas", ou seja, aquelas que afrontam as normas de Direito Processual, seja quanto ao meio, ou modo se sua obtenção.

A prova documental é a coisa que ela representa e presta-se a reproduzir uma manifestação do pensamento. Como acontecimentos e ideias são tidos em juízo como "fato", o documento é uma coisa representativa de um fato. Como coisa representativa, o documento não existe no estado natural, mas se forma a partir da ação e, portanto, assume uma certa forma ou meio.

Os documentos podem ser escritos ou não escritos, públicos ou particulares. Alguns doutrinadores ainda os classificam segundo sua autenticidade, origem, subscrição, meio de formação (direto, indireto; escrito ou gráfico), conteúdo (narrativos ou constitutivos), forma (solenes ou não), etc.. O documento é "ad solemnitatem", quando for indispensável à própria substância (natureza, forma e constituição) do ato, e será "ad probationem" quando constituir mera prova do ato, ou dos seus efei-

tos. Aos documentos públicos, desde que firmados por oficial público (fé pública), é garantida presunção juris tantum acerca da sua autenticidade, exceto na hipótese de haver prova de sua falsidade (material ou ideológica).

Com relação aos documentos particulares, a questão da sua força probatória é controvertida, tendo em vista a diversidade de formas pelas quais eles se apresentam. Por exemplo, para o documento particular escrito e assinado ou apenas assinado, há presunção legal de que as declarações dele constantes são verdadeiras. A teor do artigo 388, I, do Código de Processo Civil Brasileiro, o documento particular deixa de merecer fé quando lhe for contestada a assinatura e enquanto não se lhe comprovar a veracidade. Para afastar-se a fé de qualquer documento público ou particular, cabe à parte interessada a arguição de falsidade ("principaliter" ou "incidenter tantum"), a fim de que a mesma seja declarada judicialmente. O documento particular deve ser necessariamente escrito pela própria parte ou por outrem, como também, poderá ou não estar assinado. Para a doutrina tradicional, o autor do documento particular será aquele que o assinou, dispensando-se tal assinatura somente naqueles tipos de documentos que habitualmente não costumam ser assinados, como é o caso dos livros comerciais.

A partir deste ponto é que surgem os questionamentos acerca dos chamados "documentos eletrônicos" e sua utilização como meio de prova. O uso de meios eletrônicos na constituição dos atos jurídicos representa a progressiva substituição da grafia por impulsos ou transmissões eletrônicos. A assinatura do autor não acompanha necessariamente o documento, face à sua substituição pelos chamados "códigos ou senhas confidenciais."

19.8.2. Enquadramento do Documento Eletrônico entre os diversos tipos de documento

A doutrina teve de abandonar a noção tradicional de prova documental, para admitir uma nova forma de expressão, que não é nem oral, nem escrita, mas digital[2]. Todo documento se presta a uma declaração, ou seja, à representação de um fato presente ou passado. Assim também ocorre com o documento digital, com a única diferença que, para esse tipo de documento, a percepção sensorial do receptor/

2 Cf. Graziosi, Andrea, "Premesse ad una teoria probatoria del documento informático", in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno LII, n. 2, junho/98, Milano, Giuffrè, p. 487.

observador não é imediata. Vale dizer: para que a representação se torne compreensível, é necessário o recurso a um elaborador eletrônico, o qual, se traduz em um objeto (intermediário) que permita ao observador a cognição da declaração representada no documento[3]. Dentro da ampla classificação documental, o documento informático se enquadra, portanto, na categoria dos documentos indiretamente representativos. Pode-se afirmar, portanto, que o documento informático é todo e qualquer objeto que, interagindo com um elaborador eletrônico, seja capaz de transmitir a representação de um fato presente ou passado[4].

19.8.3. Suporte Representativo

O conteúdo do documento eletrônico, por seu caráter imaterial, vem sempre apoiado sobre um suporte representativo, ou seja, um objeto sobre o qual está contida a declaração digital (floppy disk, fita magnética, compact disk, etc.). O suporte representativo é tema que guarda relação com as exigências legais de conservação dos documentos.

Em princípio, a doutrina considerava o suporte magnético (representativo) como sendo o original do documento[5], e não as informações ali contidas sob a forma digital. Essa posição parece estar ultrapassada, na medida em que o suporte é hoje considerado apenas meio de conservação do documento, cuja importância reside unicamente sobre o conteúdo.

Assim, tomando-se como exemplo a experiência de países da Europa Ocidental por volta dos anos 80[6], mais precisamente a Bélgica e a França, verifica-se que a transcrição ou a impressão do conteúdo do documento eletrônico sobre papel era sempre considerada como cópia. No entanto, isso não quer dizer que as cópias (entendidas aqui como impressão do conteúdo do documento eletrônico sobre um suporte de papel) não pudessem ser utilizadas em juízo. De acordo com a melhor interpretação, a legislação francesa permitia – e permite -, a teor do art. 1.348, alínea “a”, do Código Civil, a utilização de “cópia fiel e durável”, desde que inexistente ou irrecuperável o original.

3 Graziosi, Andrea, op. cit., p. 491.
4 Graziosi, Andrea, op. cit., p. 492.
5 Cf. Amory, Bernard e Poullet, Yves, “Le droit de la preuve face a l’informatique et à la télématique”, in Revue Internationale de Droit Comparé, n. 2, abril/junho 1.985, pp. 340/341.
6 Cf. Amory, Bernard e Poullet, Yves, op. cit., p. 341.

Desde os anos 80, o posicionamento da doutrina e da legislação europeia vem sofrendo sensíveis modificações. Atualmente, já não mais se considera o suporte como sendo o original do documento. É o que se extrai das regras contidas na Diretiva 97/7 da União Europeia para Comércio à Distância, regulamentando os contratos concluídos entre consumidores e fornecedores através de meios de comunicação à distância e sem a presença física simultânea de qualquer ou ambas as partes[7]. A diretiva, prevendo a falta de segurança oferecida pela conservação de dados em suportes magnéticos e visando à proteção das partes contratantes, dispõe que as declarações proferidas em contratos de comércio à distância devem ser confirmadas por escrito ou por outro meio durável (artigo 5º). Nota-se que a nova legislação comunitária e também a doutrina que se formou em torno desta têm se preocupado com os meios de conservação dos documentos informáticos. Tanto assim que, em 1.998, o Prospective UCC (Uniform Commercial Code), Projeto de Código Comercial Uniforme para a União Europeia, já mencionava em seu art. 2B o termo record (gravação), ao invés de writting (escrito tradicional). Para os fins do UCC, o termo record equivale a informação inscrita em um meio tangível ou arquivada em um meio eletrônico ou qualquer outro que seja recuperável de forma inteligível[8].

19.8.3.1. Questões processuais relativas à prova

A análise do valor probante do documento eletrônico – e sua consequente receptividade nos tribunais – subdivide-se necessariamente no exame de três aspectos principais: prova da existência do documento, prova da proveniência da declaração ali contida e prova do conteúdo do documento.

19.8.3.2. Prova da Existência do Documento Eletrônico

A vantagem da telemática é a rapidez, o seu inconveniente é a fugacidade. Levando--se em conta tal aspecto, é possível imaginar a dificuldade que, por vezes, o jurisdi-

7 Cf. Silva, Ricardo Barretto Ferreira da e Paulino, Valéria in “Relevant issues in conducting commerce on the Internet”, paper apresentado na 10th Annual Conference on Legal Aspects of Doing Business in Latin America, 1.998, pp.10/11.

8 Selected Provisions and Comments from Proposed Article 2B – September, 1997, p. 14, apud Silva, Ricardo Barretto Ferreira da e Paulino, Valéria, op. cit., p. 15. Outras novas diretivas da UEE sobre a matéria: Diretiva 21/2002 – institui um quadro comum de rede e serviço de comunicações eletrônicas; Diretiva 65/2002 trata do comércio de serviços bancários à distância Diretiva58/2002 – tutela a vida privada e no setor de comunicação eletrônica.

cionado tem de enfrentar para a comprovação da própria existência do documento. E, como é cediço, de acordo com nosso sistema jurídico, a prova da existência do documento é ônus de quem o invoca em favor próprio (art. 333, I e II do CPC).

No ordenamento brasileiro, a regra geral é a da liberdade na utilização dos diversos meios de prova previstos ou não na lei (art. 332, CPC). No entanto, essa regra comporta algumas exceções, quanto a determinados tipos de atos jurídicos (contratos de valor superior àquele fixado na lei, por exemplo).

A doutrina italiana costuma equiparar, na prática e para efeito de prova, o documento declarativo (categoria que abrange a de documento eletrônico) com o documento particular previsto no art. 2.702 do Código Civil italiano[9]. E é o próprio art. 2.702 que traz as hipóteses em que o documento particular adquire eficácia probatória.

Os sistemas de common law conhecem, por sua vez, duas normas fundamentais que parecem constituir obstáculos à prova da existência do documento eletrônico: a regra da testemunha indireta (hearsay rule) e a regra do original (best evidence rule)[10]. O exame dessas duas normas permite verificar como a questão é tratada, em linhas gerais, em países como a Inglaterra e os EUA.

Em razão da regra da testemunha indireta, o testemunho, meio de prova privilegiado no direito anglo-saxão, é permitido somente se emana daquele que teve conhecimento direto e pessoal dos fatos sobre os quais presta depoimento. Aplicando-se essa regra aos documentos escritos, tem-se que um documento não pode ser considerado como meio de prova idôneo, se o seu autor (emissor) não estiver presente para testemunhar acerca do referido documento. Como, em matéria de documento eletrônico, a informação original passa por vários sujeitos, resta claro que a regra que ora se examina constitui um obstáculo à prova da existência do próprio documento.

Pela regra do original, um documento, em princípio, somente é válido como meio de prova se apresentado em sua versão original. O documento eletrônico assume uma forma digital, sendo que somente o seu suporte representativo se materializa.

9 Graziosi, Andrea, op. cit., p. 501.
10 Cf. Amory, Bernard e Poullet, Yves, op. cit., p. 335.

Assim sendo, a regra do original obsta, em princípio, a prova da existência do documento informático, que é imaterial.

Há, no entanto, no direito anglo-saxão, numerosas exceções à hearsay rule e à best evidence rule, as quais minimizam a dificuldade da prova da existência do documento eletrônico. A esse título podemos citar o Civil Evidence Act inglês de 1.968 e a Business Records Exception americana, os quais serão apreciados na sequência.

19.8.3.3. Proveniência da Declaração e Assinatura Eletrônica

Outro tema de interesse é a questão da dúvida quanto à identidade do declarante. Esse tema está intimamente ligado àquele relacionado à assinatura eletrônica, que será examinada pormenorizadamente mais adiante. De fato, à simples digitação de um nome ao pé de um documento eletrônico não se pode atribuir o mesmo valor que a uma assinatura no sentido convencional. A subscrição convencional contém peculiaridades (mormente no que se refere às características da caligrafia do subscritor) que a tornam única e de difícil falsificação.

A prática comercial trouxe algumas soluções para o problema. Um código secreto detido pelo usuário do sistema eletrônico é uma fonte de identificação frequentemente utilizada em transações eletrônicas. A crítica que se faz a esse meio de identificação é que ele não permite a identificação física do indivíduo que emite a declaração. Para tanto, seriam necessárias técnicas que permitissem reconhecer à distância uma característica física do indivíduo, como a identificação da impressão digital ou do timbre de voz.

Os avanços da informática vieram acompanhados de novas e modernas técnicas para descoberta do "autor" do documento eletrônico. O que hoje se denomina comumente de assinatura eletrônica é, em realidade, um especial procedimento informático de controle da proveniência dos documentos eletrônicos. Trata-se da adoção de um sistema criptógráfico, cujo valor probante tem sido equiparável ao da assinatura tradicional[11]. Funciona da seguinte forma: o usuário do sistema eletrônico é munido de um par de chaves assimétricas, sendo uma privada e uma pública. Ambas são constituídas de um código alfa-numérico, com a diferença que quanto

11 Cf. Grazuisi, op. cit., "l'apposizione della firma digitale integra un atto di volontá, giuridicamente rilevante, di assunzione di paternitá della dichiarazione cui si riferisce".

à chave privada, esse código é secreto e de conhecimento exclusivo do usuário. O código correspondente à outra chave é de domínio público e faz parte de uma lista acessível aos demais usuários. As duas chaves são compatíveis e identificáveis reciprocamente, o que torna possível, portanto, o sistema da firma digital ou assinatura eletrônica[12].

Para fins de prova, a assinatura eletrônica diverge totalmente da assinatura convencional. Isso porque esta última tem caráter de prova documental diretamente representativa, bastando ao juiz que proceda a um exame direto da prova. No que tange à firma digital, esta exige um regime diverso: a verificação da procedência da declaração depende do intermédio de um elaborador eletrônico que possa proceder ao método de controle acima descrito. Assim, a assinatura eletrônica não é uma prova diretamente representativa. Daí resulta uma situação singular: a prova da declaração constante do documento informático é documental, enquanto que a prova da proveniência é constituenda[13].

19.8.3.4. Prova do Conteúdo do Documento

Questão crucial que ora se coloca é quanto à credibilidade do referido conteúdo do documento. Como se sabe, os documentos informáticos são passíveis de manipulação que não deixam rastros.

São dois os tipos de risco a que estão sujeitos os documentos eletrônicos: os erros e as fraudes. Os erros podem ter origem diversas: humana, técnica ou externa. A maior parte dos erros de origem humana deve-se a falhas na manipulação de dados. Os erros de origem externa são imputáveis, principalmente, ao meio ambiente (más condições de temperatura ou umidade, por exemplo). Quanto aos defeitos de origem técnicas, esses resultam de um mal funcionamento do software ou do próprio elaborador eletrônico utilizado. A fraude se diferencia do erro pelo seu caráter doloso.

Trata-se de problema de difícil solução. O que se tem proposto é a criação de novos tipos penais, com previsão de sanções severas. No Brasil, pode-se citar o projeto de lei n. 84 de 1999, de autoria do deputado Luiz Piauhylino, já aprovado na Câmara

12 Graziosi, Andrea, op. cit., p. 507.
13 Graziosi, Andrea, op. cit., p. 510.

dos Deputados e com substitutivo seguindo tramitação no Senado Federal sob o nº 89/03, PL 407/2005 (sobre julgamento de 'hackers' e 'crakers').

19.8.4. Trabalhos Legislativos

O Civil Evidence Act (Inglaterra, 1.968). Pioneira, essa lei já continha uma série de disposições acerca da prova eletronicamente produzida, trazendo as condições para sua validade perante os tribunais. Previa, inclusive, a confecção de um certificado de identificação do documento, que devia ser subscrito por pessoa responsável pelo conteúdo do documento e apresentado ao tribunal.

Nos EUA, há o Uniform Business Records as Evidence Act e as Uniform Rules of Evidence, também datadas da década de 60. Contêm uma exceção às regras do testemunho indireto e do original, pela qual a prova eletrônica seria admissível para os casos em que o seu conteúdo tivesse natureza comercial. Ainda, segundo a mencionada exceção (Business Records Exception) os documentos de origem eletrônica são admitidos sem a necessidade do depoimento de seu autor.

Na França, o legislador transformou em texto legal (lei de 12.07.80) o entendimento da jurisprudência segundo o qual é dispensável a apresentação em juízo de um "escrito", em caso de impossibilidade material.

Uma das mais completas e modernas leis sobre a matéria é a lei italiana n. 59 de 1.997, que, então, já disciplinava detalhadamente as condições de admissibilidade do documento eletrônico como meio de prova, com previsão expressa a respeito da assinatura criptografada, das cópias digitais, etc.

O Brasil dispõe de regulações recentes, sinalizando para alguns avanços a respeito de documentos eletrônicos (Lei 9.800, de 26 de maio de 1.999, que autoriza às partes o envio de documentos eletrônicos e encaminhamento de petições por fax para a prática de determinados atos processuais; Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal, n. 1.077 de 29 de outubro de 2.010, que dispõe sobre o Centro Virtual de Atendimento da Secretaria da Receita Federal do Brasil (e-CAC); Lei 10.259/2001, cujo art 8º: § 2o autoriza os tribunais a organizarem serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico; Resolução n. 1, de 10 de fevereiro de 2010, do STJ, que regulamenta o processo judicial eletrônico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; Emenda Regimental n. 6 do STJ, que autoriza o jurisdicionado

a utilizar, em seus recursos, acórdão retirado da internet, desde que haja declaração do advogado responsabilizando-se pela autenticidade do documento).

Merecem destaque, nesse contexto, a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial;; PL 5.732/2005 e PL 1692/2003 (sobre uso de correio eletrônico); PL 7.316/2002 (sobre uso de assinatura eletrônica).

De outra parte, nossos Tribunais, cada vez mais, vêm se adaptando a essa nova realidade legislativa. O Tribunal Regional Federal da 4ª região, por exemplo, implementou em julho de 2003 o processo eletrônico em quatro juizados especiais federais, desenvolvendo um processo sem o uso de papéis, mediante o envio à distância de petições e documentos através do e-mail e vem implantando de forma gradativa o processo eletrônico. São processadas por meio eletrônico algumas classes de ações e recursos quando originárias do Tribunal Regional Federal da 4ª região e outras, quando remetidas pela Justiça Federal, são convertidas para o meio eletrônico e assim processadas. De outro lado, entretanto, alguns Tribunais ainda tornam desaconselhável a utilização prática do documento eletrônico nos processos. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, reconhece a validade do documento eletrônico apenas: (i) se o arquivo eletrônico foi corretamente recebido no Tribunal e (ii) se os originais foram protocolizados tempestivamente, nos termos da Lei 9.800/99.[14]

Sem prejuízo disso, destaque-se o Decreto n° 3.505, de 13 de junho de 2000, que instituiu a Política de Segurança de Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, foi uma das primeiras normas brasileiras a tratar de tema relacionado às comunicações eletrônicas. Posteriormente, o Decreto n° 3.587 de 05.09.2000 (revogado pelo artigo 6° do Decreto n° 3.996 de 31.10.2001) estabeleceu as normas para a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Poder Executivo Federal – ICP-Gov -, visando à criação e utilização da assinatura digital, por meio da criptografia assimétrica.

Na esfera privada, a Medida Provisória 2.200-2, de 24/08/2001, instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas do Brasil (ICP-Brasil), para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplica-

14 Resp 594.352/SP, Resp 594.352/SP, REsp. n.º 525.067/ES, j. 19.02.2004; em sentido contrário: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 11.960/RJ – o Superior Tribunal de Justiça apreciou e reconheceu a validade jurídica do documento eletrônico (informações processuais) que o litigante obteve no site do tribunal.

ções de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

19.8.4.1. Medida Provisória 2.200-2 de 24, de agosto de 2.001 e outros projetos de lei no Brasil.

De acordo com a MP 2.200-2, de 24/08/01, a ICP-Brasil é uma organização composta por uma autoridade gestora de políticas (Comitê Gestor – vinculado à Casa Civil da Presidência da República) e por autoridades certificadoras (que são as entidades responsáveis pela emissão dos certificados eletrônicos, tomando providências para estabelecer a identidade das pessoas ou das organizações solicitantes do certificado).

Embora a referida Medida Provisória 2.200-2/01 não imponha a utilização da certificação digital para de fins de validade de documentos eletrônicos, a norma atribui presunção relativa de autenticidade às assinaturas digitais contidas em documento certificado eletronicamente por uma AC (Autoridade Certificadora) credenciada ao Comitê Gestor da ICP-Brasil (art. 10, §1º).

De outra forma, caso as partes desejem utilizar outra Autoridade Certificadora (não credenciada no Comitê Gestor) para autenticar seus documentos eletrônicos, é imprescindível que, para validade jurídica perante terceiros, haja estipulação contratual, dando ciência de que as partes aceitam aquela “AC” para o ato de autenticação. É o que recomenda o art. 10, parágrafo 2º da MP. Este procedimento é importante para tornar o documento juridicamente válido, por exemplo, em um processo que o utilize como prova.

A referida Medida Provisória, até chegar ao texto atual, passou por três edições, depois de sancionada, resultando na MP nº 2.200-2/2001. Sua sanção passou por cima de diversos projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. Eles dispõem sobre a mesma matéria, alguns bem mais completos que a MP, como é o caso do Projeto de Lei nº 4.906/2001, que além de cuidar da assinatura digital e da certificação eletrônica, trata, de uma maneira bem mais abrangente, as relações e responsabilidades decorrentes do Comércio Eletrônico.

Nesse contexto, destaca-se, ainda, o Projeto de Lei 7316/2002 (da Secretaria de Assuntos Parlamentares da Presidência da República), que, inspirado na Diretiva 1999/93/CE da Comunidade Europeia, preenche lacunas da MP 2.200, dispondo

sobre a responsabilidade civil das prestadoras de serviços de certificação, os procedimentos a serem observados na hipótese de falência de uma certificadora e o valor jurídico dos certificados emitidos no exterior.

Referido projeto distingue, ainda, as categorias de "assinatura eletrônica" e "assinatura eletrônica qualificada" (a qual tem o mesmo valor jurídico e probante da assinatura manuscrita, desde que obedeça aos requisitos previstos naquela norma), bem como as de "certificado" e "certificado qualificado".

19.8.5. Conclusões

O direito brasileiro tem agido positivamente, no sentido de buscar instrumentos adequados a dirimir questões novas que impostas pelo crescente desenvolvimento da tecnologia. Nessa medida, instaurou-se, com a Medida Provisória 2.200, um regime duplo no que se refere ao valor jurídico e probante das assinaturas eletrônicas. De um lado há a assinatura eletrônica avançada que produz, por força da lei, os mesmos efeitos jurídicos de uma assinatura manuscrita. De outro, tem-se a assinatura eletrônica a que não se pode recusar valor jurídico e probante, desde que admitida pelas partes como válida ou aceita pela pessoa a quem foi oposta. Nesse caso, seu valor jurídico deriva da vontade das partes.

A matéria relacionada ao documento eletrônico está longe de ser plenamente regulamentada. No entanto, o vencimento da barreira da inércia legislativa e jurisprudencial já pode ser considerado uma grande evolução.

É bem verdade que o Direito estará sempre aquém da evolução da Ciência. Por esse motivo é que se diz que as regras legislativas tendentes a regulamentar assuntos de natureza científica têm de ser editadas de forma suficientemente genérica para abarcar o maior número de hipóteses e deixar espaço para a própria evolução.

O documento eletrônico é plenamente admissível como meio de prova, não se constituindo exceção à regra do art. 332 do nosso Código de Processo Civil, desde que, para tanto, sejam observadas as garantias individuais constitucionalmente previstas e os princípios de ordem pública. Além disso, é certo que a legislação brasileira, em certa medida, adotou sistema capaz de conferir segurança e validade às operações realizadas através de meios eletrônicos, por meio da Infra Estrutura de Chaves Públicas instituída pela MP 2.200-2/01.

Tecnologia da Informação

20.1. A Tecnologia da Informação no Brasil

A configuração tradicional de *hardware* e *software* não é mais suficiente para definir o setor. O conceito de tecnologia da informação (TI) absorve, além dos elementos de *hardware* e *software*, diversas outras expressões técnicas de comunicação por dados, uso de multimídia e trabalho especializado. Para fins desta Parte, a nomenclatura "tecnologia da informação – TI" será usada compreendendo todos estes significados.

Do ponto de vista técnico, *hardware* compreende os elementos físicos de sistema informático, enquanto os elementos lógicos constituem o *software*. Basicamente, *software* é protegido pela Lei n.º 9.609/1998, Lei de Software, e *hardware* pode ser protegido pela Lei n.º 9.279/1996, Lei de Propriedade Industrial, ou pela Lei 11484/2007, que estabelece a proteção de topografias originais de circuitos integrados, quando o *hardware* ou a topografia do circuito integrado reunir os requisitos legais para proteção.

As primeiras iniciativas governamentais brasileiras no setor de TI datam do início da década de 1970. Em abril de 1972, o Decreto Presidencial 70.370 criou a Comissão de Coordenação das Atividades de Processamento Eletrônico – CAPRE. A CAPRE era subordinada ao então Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e tinha como principais atribuições o controle dos computadores privados e governamentais, a opinião sobre compras e locações de equipamentos para a administração pública, a coordenação de programas de treinamento e a proposição de medidas para financiamento de atividades privada de processamento de dados.

A CAPRE foi sucedida pela Secretaria Especial de Informática – SEI[1], cujo principal objetivo era elaborar uma política de informática. Esta transição administrativa marca também uma modificação substancial nos objetivos da intervenção do Estado no setor de TI no Brasil. À época da criação da CAPRE a principal preocupação do governo era a de controlar e aprender a usar os recursos de TI. A SEI, por sua vez, tinha como principal objetivo desenvolver tecnologia internamente.

Nesse contexto de mudança, foi editada em 1984 a Lei 7.232, para disciplinar a política nacional de informática. À época, restrições à importação, produção, operação e comercialização de bens e serviços técnicos de informática eram os meios para o país adquirir capacitação em TI. E esta capacitação deveria induzir o desenvolvimento do Brasil.

Aplicando a Lei, o governo impôs as restrições supramencionadas e criou incentivos fiscais e financeiros em favor das empresas qualificadas como nacionais[2], especialmente para a fabricação de produtos de *hardware*. O resultado desta política foi um mercado de TI restrito à empresas brasileiras de capital nacional que não tinham interesse em investir no desenvolvimento tecnológico, oferecendo aos clientes produtos e serviços obsoletos.

Essa realidade passou por profunda modificação com a edição das Leis 8.191/1991 e 8.248/1991. Estas Leis reduziram substancialmente as restrições à importação, produção, operação e comercialização de bens e serviços técnicos de informática. E em 1995, a Emenda Constitucional 6 extinguiu os privilégios concedidos às em-

1 Criada pelo Decreto 84.067, de 8 de outubro de 1979.
2 Empresas cujo controle fosse, em caráter exclusivo, permanente, efetivo e incondicional de indivíduos brasileiros, residentes e domiciliados no país.

presas de capital nacional. Um novo paradigma para o desenvolvimento do setor de TI no Brasil era criado.

Sob a nova política, o governo federal criou incentivos fiscais para a produção no Brasil de bens de informática e automação, especialmente na Zona Franca de Manaus[3]. Para poder se beneficiar destes incentivos, os fabricantes deveriam adicional localmente valor a seus produtos e cumprir com processos produtivos básicos aprovados pelo Ministério da Ciência e Tecnologia (MCT), além de investir na pesquisa e desenvolvimento de atividades relacionadas a TI.

Ainda na década de 1990, o desenvolvimento do setor de TI no Brasil motivou a criação de programas governamentais para estimular a exportação de software. O Programa Nacional de Software para Exportação (SOFTEX) surge e sua execução fica sob a coordenação do Conselho Nacional de Desenvolvimento Tecnológico – CNPq. Em 1994, o SOFTEX foi considerado prioritário, pela Portaria MCT 200/1994. Ainda na década de 1990, a Sociedade Brasileira para Promoção da Exportação de Software foi constituída como uma organização não-governamental que tem por objetivo executar, promover, fomentar e apoiar atividades de inovação e desenvolvimento científico e tecnológico de geração e transferência de tecnologias para produtos de software destinados a mercados estrangeiros.

Adicionalmente a benefícios fiscais, o setor de TI é fomentado por fontes de financiamento do governo federal. O Fundo Setorial de Tecnologia da Informação – CT-INFO/CATI, criado como uma ramificação do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, é um dos mais importantes fundos setoriais do país. Os executores desse fundo são a Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP e o CNPq. e os recursos do CT-INFO/CATI são oriundos do repasse de percentual do faturamento bruto por empresas que utilizam os incentivos fiscais da Lei 8.248/1991. Assim como os demais fundos setoriais, os recursos do CT-INFO/CATI são investidos em empresas do setor do TI que têm seus projetos qualificados em chamadas públicas.

As Leis 10.973/2004 e 11.196/2005 foram concebidas para promover a inovação tecnológica no Brasil e têm sido muito usadas por empresas de TI. A Lei n.º 10.973/2004,

3 Alterações posteriores destas leis e seus regulamentos estenderam os incentivos para empresas estabelecidas nas regiões da Amazônia, Nordeste e Centro-Oeste.

conhecida como Lei da Inovação, dispõe sobre os incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica. A Lei de Inovação prevê a articulação entre a pesquisa científica e as demandas do setor produtivo, por meio de acordos de cooperação entre centros de pesquisa científica (por exemplo, institutos de pesquisa ligados a Universidades) e empresas. E a Lei 11.196/2005, conhecida como Lei do Bem, dispõe sobre os incentivos fiscais à inovação tecnológica.

20.2. Proteção Jurídica

O Brasil é signatário do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS)[4]. Como tal, as disposições do TRIPS são aplicadas como *standards* mínimos de proteção e orientaram a edição das leis de propriedade intelectual.

No tocante à proteção da propriedade intelectual e segredo de negócio, a legislação brasileira mais importante compreende a Lei de Software, a Lei de Propriedade Industrial e a Lei 11.484/2007. Para fins desta seção, apenas alguns dos dispositivos da Lei de Propriedade Industrial que vedam a prática de concorrência desleal serão objeto de análise.

Software

Segundo o TRIPS e a Convenção de Berna[5], os programas de computador são protegidos pelas normas de direitos autorais. No Brasil, a Lei 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) terão aplicação subsidiária aos programas de computador, na ausência de dispositivo específico na Lei de Software.

No regime da Lei de Software[6], o programa de computador é protegido por um período de 50 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de publicação do programa, ou a partir da data de sua criação, o que ocorrer primeiro. A proteção legal conferida aos programas de computador no Brasil não requer prévio registro e é assegurada aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país

4 Decreto Legislativo 1.355/1994.
5 Decreto Legislativo 75.699/1975.
6 Regulamentada pelo Decreto n.º 2.556/1998.

de origem do programa conceda direitos equivalentes aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil.

Salvo se de outra forma acordado, os direitos autorais sobre programas de computador desenvolvidos por empregados, prestadores de serviço ou funcionários públicos como consequência de seus respectivos contratos serão de propriedade de seus empregadores, clientes ou órgão governamental. Por outro lado, os respectivos autores serão titulares dos direitos autorais de software desenvolvido sem relação com o emprego, respectivos contratos de serviços e vínculo funcional, e sem utilização de recursos, informações técnicas, segredos industriais e de negócio, materiais, instalações ou equipamentos de seus empregadores, clientes ou órgão governamental, como o caso.

O registro do programa de computador no Brasil não é requisito para sua proteção jurídica. No entanto, o titular do software poderá registrar seu código no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI[7]. De acordo com o art. 3º, § 1º da Lei 9.609/1998, o pedido de registro deve conter os dados do autor do programa e titular, se distintos, a descrição e identificação funcional do programa e outros dados considerados suficientes para identificá-lo (i.e., partes de seu código fonte). Todos os dados fornecidos ao INPI para o pedido de registro serão mantidos em sigilo e revelados apenas se requeridas por ordem judicial ou solicitadas pelo próprio titular.

Lei de Software prevê nos artigos 7 e 8 que a empresa licenciadora do software no Brasil deve estabelecer um prazo de validade técnica para cada versão do software. Durante esse prazo o licenciador deve disponibilizar aos usuários finais de todos os serviços que a versão do software como pode exigir (suporte e manutenção, consultoria, etc.). A validade técnica não é uma garantia do produto, mas sim uma declaração de tempo de vida da versão do software. Tal termo deve ser claramente indicado no contrato de licença de software, nota fiscal, mídia ou embalagem.

Com relação à revenda, distribuição e outros acordos concedendo a cidadãos brasileiros ou empresas domiciliadas no Brasil os direitos de revender, distribuir ou sublicenciar software desenvolvidos no exterior, o artigo 10 da Lei de Software estabe-

7 A Resolução 58/1998 do INPI estabelece procedimentos específicos sobre o pedido de registro de programa de computador.

lece que serão nulas e sem efeitos as disposições contratuais que (i) estabelecerem limites para a produção, distribuição ou comercialização de software em violação da regulamentação em vigor, ou (ii) liberação de qualquer das partes contratantes da responsabilidade em relação a defeitos e falhas de software ou violação de direitos autorais de terceiros.

Além de constituírem ilícitos civis, a maioria das violações de software também são crimes segundo a lei brasileira, sujeitando os infratores à detenção de seis meses até dois anos ou multa. Em caso de violações que consistem na reprodução de software em violação de direitos autorais de terceiros para venda ou a venda, exposição para venda, aquisição, ocultação ou manutenção em depósito para fins de comércio, o infrator estará sujeito a reclusão de um até quatro anos e multa.

A Lei 9.609/1998 também estabelece regras aplicáveis relativas à cobrança de impostos em transações relacionadas a software, o período durante o qual as provas dos pagamentos feitos aos proprietários software fora do Brasil devem ser mantidos em arquivo e do registro de contratos prevendo a transferência de tecnologia de software.

Topografia de Circuitos Integrados

A proteção de topografia de circuitos integrados (CI) na legislação brasileira também é baseada nos princípios previstos em tratados internacionais, especialmente o TRIPS.

De acordo com a Lei 11484/2007, a proteção de topografias[8] de CIs dependem de prévio registro junto ao INPI, que será concedido a uma topografia original que não é comum a técnicos, especialistas ou fabricantes de CIs no momento da sua

8 De acordo com a Lei 11.484/2007, circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica. A topografia de circuitos integrados é definida como uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

criação. A topografia de CI será protegida por 10 anos a partir da data do depósito[9] ou da data da primeira exploração comercial em qualquer lugar do mundo, o que ocorrer primeiro.

O registro de uma topografia confere a seu titular direito o direito exclusivo de sua exploração, bem como os direitos para impedir que terceiros (i) reproduzam, no todo ou em parte, a topografia, incluindo, incorporando-a em um CI, (ii) importem, vendam ou distribuam para fins comerciais uma topografia protegida ou um produto que incorpore um circuito integrado no qual esteja incorporada uma topografia protegida, somente na medida em que este continue a conter uma reprodução ilícita de uma topografia.

Para fins da Lei 11.484/2007, os seguintes atos não serão considerados violações dos direitos à topografia concedidos nos termos da Lei: (i) atos praticados por terceiros não autorizados para fins de análise, avaliação, ensino e pesquisa; (ii) atos que consistam na criação ou exploração de uma topografia resultante da análise, avaliação e pesquisa de topografia protegida, desde que a topografia resultante não seja substancialmente idêntica à protegida; (iii) atos que consistam na importação, venda ou distribuição por outros meios, para fins comerciais ou privados, de CIs ou produtos que os incorporem, colocados em circulação pelo titular do registro da topografia de CI respectivo ou com seu consentimento, e (iv) atos descritos no item (ii) do parágrafo anterior, praticados ou determinados por quem não sabia, por ocasião da obtenção do circuito integrado ou do produto, ou não tinha base razoável para saber que o produto ou o circuito integrado incorpora uma topografia protegida, reproduzida ilicitamente.

A violação de direitos de topografia são também considerados crimes segundo a lei brasileira e os responsáveis estarão sujeitos a detenção de um a quatro anos e multa, em caso de reprodução, importação, venda, manutenção em estoque ou distribuição, para fins comerciais uma topografia protegida ou de CI incorporando essa topografia.

A Lei 11.484/2007 estabelece o Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores – PADIS e o Programa de Apoio ao Desenvol-

9 Data em que o pedido de registro foi protocolado junto ao INPI.

vimento Tecnológico da Indústria de Equipamentos Pará a TV Digital – PATVD. Ambos os programas constituem benefícios fiscais para o desenvolvimento de topografias e produção de CIs no Brasil.

Proteção de Informação Não Revelada

A proteção de informações confidenciais no Brasil segue os princípios estabelecidos no artigo 39 do TRIPS. Dessa forma, qualquer pessoa tem o direito de impedir que informação legalmente sob seu controle seja divulgada, adquirida ou usada por outros sem o seu consentimento de forma contrária às práticas comerciais honestas, desde que essa informação: "(i) seja secreta, no sentido de que não seja conhecida em geral nem facilmente acessível a pessoas de círculos que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; (ii) tenha valor comercial por ser secreta, e (iii) tenha sido objeto de precauções razoáveis, nas circunstâncias, pela pessoa legalmente em controle da informação, para mantê-la secreta."

20.3. Incentivos Fiscais

O setor de TI desfruta de vários benefícios fiscais em todo o país. Eles variam de simples redução de impostos sobre serviços de desenvolvimento de software e licenciamento, a complexos benefícios para a fabricação de produtos de hardware. Para os fins desta seção, no entanto, o foco serão os benefícios fiscais originalmente criados pela Lei 8.248/1991.

O mais importante benefício fiscal federal atualmente aplicável à fabricação local de produtos TI são[10]: (i) a depreciação acelerada de novas máquinas, equipamentos e instrumentos utilizados no processo de fabricação, e (ii) a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados – "IPI" para as empresas de desenvolvimento ou produção de bens e serviços de TI que investem em pesquisa e desenvolvimento (P&D). A redução do IPI para essas empresas segue a tabela abaixo:

10 A Lei 8.248 também estabelece um incentivo que não tem natureza fiscal, que consiste na preferência nas aquisições dos órgãos e entidades da administração pública federal, fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e demais organizações sob o controle direto ou indireto da União. Tal preferência é conferida, na ordem, em favor de bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país, ou bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico.

Redução de IPI	Período
80%	De 1 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2014
75%	De 1 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2015
70%	De 1 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2019

A redução do IPI para empresas sediadas na Amazônia legal (sujeita à SUDAM – Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia), região Nordeste (sujeita à SUDENE – Superintendência de Desenvolvimento do Nordeste) e região Centro-Oeste[11] segue a tabela abaixo:

Redução de IPI	Período
95%	De 1 de janeiro de 2004 a 31 de dezembro de 2014
90%	De 1 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2015
85%	De 1 de janeiro de 2016 a 31 de dezembro de 2019

Além da redução do IPI nos produtos finais, a lei permite que as empresas utilizem créditos de IPI obtidos nas compras de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem utilizados na fabricação dos produtos de TI.

A lista de produtos e serviços passíveis de receberem estes benefícios mudou várias vezes ao longo dos últimos 20 anos. A lista atual engloba os seguintes produtos e serviços: (i) componentes eletrônicos a semicondutor, optoeletrônicos, bem como os respectivos insumos de natureza eletrônica; (ii) máquinas, equipamentos e dispositivos baseados em técnica digital, com funções de coleta, tratamento, estruturação, armazenamento, comutação, transmissão, recuperação ou apresentação da informação, seus respectivos insumos eletrônicos, partes, peças e suporte físico para operação; (iii) programas para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento da informação e respectiva documentação técnica associada (software); e (iv) serviços técnicos associados aos bens e serviços descritos acima.

11 Empresas sediadas nas áreas da SUDAM, SUDENE e Centro-Oeste estão sujeitas a regulamentação específica, geralmente mais favoráveis do que a aplicável em outras partes do Brasil.

Além disso, microcomputadores portáteis (bem como os *tablets*) e unidades de processamento digitais de pequena capacidade e produtos desenvolvidos no país possuem tratamento próprio quanto ao benefício de redução do IPI.

Relativamente aos programas de computador, vale esclarecer que o benefício de IPI só se aplica àqueles programas embarcados em equipamentos e que não são objeto de licenciamento dissociado desses equipamentos.

Para usufruir destes benefícios, a empresa deve apresentar um processo produtivo básico ("PPB") para a aprovação do MCT, além de informação jurídica e financeira. Em suma, o PPB deve indicar claramente o processo de fabricação, estabelecer um programa de controle de qualidade e um programa de participação nos lucros para os funcionários. A empresa requerente não pode ter dívidas pendentes e não suspensas relacionadas a tributos federais e contribuições sociais, e do fundo de garantia por tempo de serviço (FGTS).

Além dos requisitos acima, a empresa que pleitear os benefícios deve investir em seu programa de P&D no Brasil, pelo menos, 5% por ano de seu faturamento bruto com a venda de bens e serviços no mercado interno, deduzidos os impostos incidentes sobre tais vendas e o custo de aquisição de produtos beneficiados por tais incentivos. Uma parte dos fundos de P&D devem ser investidos em projetos com:

Investimento	Beneficiário
percentual não inferior a 1%	Centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, credenciados pelo Comitê da Área de Tecnologia da Informação – CATI.
percentual não inferior a 0,8%	Centros ou institutos de pesquisa ou entidades brasileiras de ensino, oficiais ou reconhecidas, com sede ou estabelecimento principal situado nas regiões de influência da SUDAM, da SUDENE e da região Centro-Oeste, excetuada a Zona Franca de Manaus.
percentual não inferior a 0,5%	FNDCT.

Os percentuais de investimento em P&D serão reduzidos à medida em que forem reduzidos os benefícios de IPI. E o investimento em P&D não é exigido de empresas com faturamento bruto anual inferior a R$ 15 milhões.

Contratos de Representação Comercial e Distribuição

Capítulo 21

Dentre as espécies de contratos tipificados no direito brasileiro destacam-se duas que exercem papel fundamental para empresários e investidores estrangeiros: a representação comercial e a distribuição.

Nestes contratos, a parte contratada assume a obrigação de promover a realização de determinados negócios, à conta do contratante, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência.

Em termos gerais, se a relação entre as partes envolver uma intermediação pelo Distribuidor, em nome dos produtos do contratante e não sua obrigação de comprar produtos para revenda, este é um contrato de Representação Comercial ou Agência, regido pela

Lei nº 4.886[1]. Todavia, quando o agente tiver à sua disposição a coisa negociada, este será um contrato de Distribuição, regulado pelo Código Civil Brasileiro.

Ainda assim, é importante notar que se a relação de distribuição entre as partes estiver ligada a produtos considerados veículos automotores pela Lei nº 6.729, elas estão proibidas de regular seu contrato por qualquer outra lei, que não aquela, sendo nula e sem efeito, qualquer cláusula em contrário.

Vejamos a seguir quais as peculiaridades destes tipos de contrato.

21.1. Representação comercial (agência)

A representação Comercial, no Brasil, é regulada pela lei nº 4.886 de 09 de Dezembro de 1965 e, mais recentemente, pelo Novo Código Civil, onde recebeu a denominação de "Agência". De acordo com essas leis, a Agência é definida como uma atividade de intermediação, realizada de forma permanente, por qualquer pessoa física ou jurídica[2] encarregada de atuar no mercado para intermediação dos produtos e serviços de uma única empresa ou de várias empresas[3].

Por isso, o Agente (ou Representante Comercial), exercerá sua função, agrupando propostas de possíveis compradores e remetendo-as à aprovação da empresa representada. No caso de acolhimento da proposta, o Agente fará jus a um percentual da transação, prévia e contratualmente ajustado (comissão), condicionado ao efetivo pagamento pelo comprador, exceto se o contrato prever o direito de comissão, independente do pagamento do adquirente. Importante ressaltar que, independente da atuação do Agente, esse fará jus à comissão sobre quaisquer negócios realizados em sua área de atuação, salvo previsão expressa em contrário.

Também é previsto, nas leis mencionadas acima, que todo Representante Comercial é obrigado a se registrar perante o Conselho de Representantes Comer-

1 Por outro lado, alguns emitentes doutrinadores brasileiros, como José Alexandre Tavares Guerreiro, aceitam a possibilidade da Lei nº 6.729 reger os contratos de distribuição, além daqueles que tratam de veículos automotores como definido em Lei específica.

2 que recebe a denominação legal de Representante Comercial ou Agente

3 dependendo da existência, ou não, de cláusula de exclusividade, no contrato assinado pelas partes contratantes

ciais do Estado-membro onde exerça suas atividades, observando-se que estes Conselhos têm um poder regulamentar concernente à profissão. Não obstante, as sociedades que prestam o serviço de agência devem ter seus atos de constituição registrados na Junta Comercial, e os autônomos devem registrar-se na mesma como empresários.

Segundo o artigo 27 da Lei n°4.886/1965, o contrato deve ser escrito e deverá conter, além das especificações acordadas pelos contratantes, os tópicos previstos naquele artigo, como por exemplo: (i) Condições gerais da Representação; (ii) Indicações e características dos produtos; (iii) Duração do contrato; (iv) Indicação da área, ou áreas onde a representação será efetuada, bem como a permissão ou não para a empresa representada realizar vendas próprias (diretas) na área ou áreas indicadas; (v) Admissão total ou parcial de exclusividade na área de vendas; (vi) Retribuição(comissão) em favor do Representante Comercial e determinação de seu pagamento, condicionado ou não ao recebimento do preço efetuado pelo comprador; (vii) Exclusividade ou não em favor dos produtos da empresa representada; (viii) Indenização ao Representante Comercial no caso do término injustificado do contrato, que não pode ser inferior ao equivalente a 1/12 da retribuição total da relação comercial.

É muito importante destacar que, embora a cláusula existente no artigo 1° da Lei n°4.886 indique que não há vínculo empregatício entre as partes contratantes, devido à ampla abrangência da legislação trabalhista brasileira há sério risco de que a empresa representada venha a arcar com reclamações trabalhistas de seus representantes comerciais[4], salvo se o representante for uma sociedade.

Assim, para evitar tais reclamações e respectivos encargos econômicos, é de crucial relevância que a empresa representada inclua as seguintes restrições em seus contratos de Representação Comercial: (i) O Representante Comercial deve sempre ser estabelecido como empresa formada, por no mínimo, dois sócios; (ii) A empresa representada deve evitar ordens diretas às pessoas da empresa representante e estas ordens devem se restringir ao desempenho das obrigações de representante[5].

---

4 baseadas, dentre outras alegações, na presunção de trabalho, uma vez provada a concomitância dos fatores pessoalidade, dependência salarial, habitualidade e subordinação

5 já previstas no contrato e sob o pálio das leis n°4886 e 8420.

21.2. Contratos de distribuição

Os contratos de distribuição no Brasil podem ser divididos em duas categorias, similares, mas não idênticas:

(a) Contratos de Distribuição Comercial, e

(b) Contratos de Distribuição Ordinária

21.2.1. Contratos de Distribuição Comercial

A primeira das categorias supra mencionadas é regida pela Lei n° 6.729 de 28 de novembro de 1979 (com alterações decorrentes da Lei n° 8.132 de 26 de dezembro de 1990) e está restrita às relações mantidas entre montadoras de veículos automotores de via terrestre e seus distribuidores (revendedoras).

De acordo com o artigo 2° da Lei 6.729, são veículos automotores de via terrestre automóveis, caminhões, ônibus, tratores, agrícolas e motocicletas e similares, e, portanto, estes são regidos por suas disposições. Isso nos leva à conclusão de que outros tipos de veículos automotores que não são similares a estes, como barcos e tratores não agrícolas, estão excluídos do âmbito da referida lei, pertencendo, por consequência, à segunda categoria, ou seja a dos contratos ordinários de distribuição, os quais serão oportunamente comentados.

Segundo a Lei n° 6.729 (artigo 3°), os acordos de distribuição comercial, no que diz respeito à função do Distribuidor, compreendem o comércio dos veículos automotores descritos no artigo 2° e suas peças manufaturadas pelos respectivos fabricantes, a assistência técnica aos consumidores e a permissão para o uso da marca registrada do fabricante.

Entre as cláusulas do artigo 3° da Lei n° 6.729 também encontramos a possibilidade do Acordo de Distribuição Comercial prever a proibição do comércio de veículos automotores novos produzidos por outros fabricantes[6]. Por outro lado, os revendedores têm o direito de comercializar peças novas produzidas ou comercializadas

6 No Brasil, é muito comum encontrar tais proibições neste tipo de acordo.

por terceiros, levando-se em consideração a obrigação para com o "nível de fidelidade"[7]. Além disso, os revendedores têm direito de comercializar veículos usados e autopeças originais de outros fabricantes, bem como outras mercadorias e serviços compatíveis com o contrato.

No artigo 5° da Lei n° 6.729, encontramos as cláusulas básicas, que devem constar em todos os Acordos de Distribuição Comercial, enumeradas a seguir: (i) definição da área operacional onde o revendedor exercerá suas atividades[8], (ii) distâncias mínimas entre os estabelecimentos revendedores diferentes[9].

A empresa revendedora também se compromete em negociar os veículos e peças do fabricante, bem como a dar assistência técnica aos consumidores, segundo o respectivo Acordo de Distribuição Comercial. No entanto, o revendedor é proibido de exercer tais atividades fora de sua área operacional delimitada[10].

Apesar da área operacional ser definida no Acordo de Distribuição Comercial, no interesse do revendedor, o artigo 6° da Lei n° 6.729 permite que o fabricante contrate um novo Distribuidor, desde que o mercado desta área apresente condições para tanto, ou haja vaga decorrente do término de um acordo anterior[11].

O Acordo de Distribuição Comercial deve também contemplar, com base no artigo 7° da Lei n° 6.729, uma "Quota de Veículos Automotores" obrigatória, a ser adquirida pelos Distribuidores e que deve ser definida observando-se os seguintes itens: (i) a estimativa de produção do fabricante[12], (ii) a "quota" deve corresponder a uma

---

7 definido no artigo 8° da Lei n° 6.729, como a quantidade mínima de peças do fabricante que os revendedores estão obrigados a adquirir, de acordo com as cláusulas previstas na Convenção de Categoria.

8 que poderá ser reservada para mais de um revendedor, exceto no caso de exclusividade concedida a um revendedor especifico.

9 de acordo com o critério de potencial de mercado

10 De qualquer forma, os consumidores devem sempre ter direito de escolher livremente qualquer revendedora a fim de adquirir os bens produzidos pelo fabricante, ressalvado, por outro lado, o direito do distribuidor a ser reembolsado pela assistência técnica prestada a um consumidor que tiver adquirido o Produto de outro Distribuidor.

11 Mas, em qualquer destes eventos, a Lei n° 6.729 proíbe qualquer contrato novo que possa colocar em risco os Distribuidores já contratados, apesar de não garantir direito de preferência para o Distribuidor já estabelecido em determinada área operacional – onde seja possível, em termos de expectativa de mercado, novas contratações.

12 por produto e tendo em vista o mercado interno, no período anual subsequente, e de acordo com as perspectivas de mercado.

parte da produção estimada[13]; (iii) as partes contratantes devem concordar sobre a quota[14]; (iv) a definição da quota não precisa levar em consideração o estoque do Distribuidor[15] e deve ser revisada anualmente[16].

O artigo 10 da Lei n° 6.729, acima mencionado, abre para as partes contratantes a possibilidade de incluir em seu Acordo de Distribuição Comercial uma obrigação para o Distribuidor manter em seus estoques uma quantidade de produtos proporcional ao seu fluxo ou rotatividade de novos produtos[17].

No artigo 12 da Lei 6.729, há uma disposição proibindo o Distribuidor de vender veículos novos para terceiros que não os consumidores finais (venda para revenda). Isto se deve ao fato de que a lei não admite negócios com intuito de revenda, a não ser nos casos a seguir determinados: (i) Negócios entre Distribuidores ligados ao mesmo fabricante, limitados em 15% e 10% da quota de veículos automotores, de caminhões e de outros veículos respectivamente; (ii) Comércio internacional.

---

13 composta por uma diversidade de produtos diferentes e independentes.

14 em consonância com a real capacidade de negociação e desempenho do mercado, bem como as possibilidades de negócios na área operacional.

15 Tal como previsto no artigo 10 da Lei n° 6.729.

16 Se nenhum ajuste necessário tiver sido realizado antes disso, por diferenças eventuais entre a produção atual do fabricante e aquela que foi estimada.

17 Não obstante, sempre que o Acordo de Distribuição Comercial prever tal obrigação de estoque mínimo para o Distribuidor, este terá direito de delimitá-lo da seguinte forma:

(a) Para veículos automotores em geral: 65% do equivalente mensal para a quota anual prevista no artigo 2° da Lei n° 6.729, anteriormente mencionada

(b) Para caminhões: 30% da respectiva quota anual.

(c) Para tratores: 4% da quota anual.

(d) Para autopeças:

d.1) Para acessórios: 5% de todas as vendas efetuadas nos últimos doze meses.

d.2) Para outros componentes: qualquer valor acordado que seja superior ao seu preço de aquisição do fabricante, relativo às vendas a varejo efetuadas pelo Distribuidor, nos últimos três meses.

Se o Acordo de Distribuição Comercial contemplar uma cláusula de estoque mínimo, além do direito do distribuidor ter respeitados os limites acima mencionados, também é previsto na Lei n°6.729 que:

(I) Com relação a veículos automotores, caminhões e tratores: a cada período de seis meses, deve haver uma comparação entre as acima citadas "quotas de veículos automotores' prevista no artigo 7° da Lei n°6.729, e as condições de mercado atuais do Distribuidor nesta época, bem como seu desempenho nos negócios, com o propósito de reduzir seu limite mínimo de estoque.

(2) No caso de alterações nos produtos ou suspensão de entrega dos mesmos: o fabricante deve ser obrigado, num período máximo de um ano, a partir do evento, a comprar de volta o estoque de autopeças (exceto os acessórios) pelo preço atual oferecido para todos os Distribuidores, ou, alternativamente, substituído por novos produtos, à escolha do Distribuidor.

Além disto, nos termos da Lei 6.729, o fabricante está obrigado a preservar a igualdade de preços e pagamentos entre todos os Distribuidores, que, por sua vez, são livres para estabelecer seus preços aos consumidores.

Apesar do respeito devido à área operacional do Distribuidor pelo fabricante, este último pode efetuar vendas diretas de veículos automotores nos seguintes casos:

(1) Independentemente do desempenho ou de pedido do Distribuidor: (i) para a Administração Pública ou Representação Diplomática; (ii) para consumidores considerados como "compradores especiais" pela Convenção de Categoria.

(2) Através dos Distribuidores: (i) para a Administração Pública ou Representações Diplomáticas; (ii) para proprietários de frotas de veículos automotores; (iii) para consumidores considerados compradores especiais pela Convenção de Categoria, quando assim requisitado por um Distribuidor específico.

De qualquer forma, o nível das vendas diretas e sua repercussão sobre a quota de veículos dos Distribuidores deve sempre ser prevista pela Convenção de Categoria e é expressamente proibido praticar qualquer tipo de ato lesivo que possa levar à subordinação do Distribuidor ou à interferência em sua administração.

Segundo os artigos 1° e 18 da Lei n°6.729, a anteriormente mencionada Convenção de Categoria é inerente ao acordo de distribuição e pode ser definida como um Acordo Geral que deve ser efetuado entre as entidades civis, representando os fabricantes, e a respectiva Categoria Nacional dos Distribuidores. Outrossim, essa Convenção de Categoria terá força de lei entre as partes, bem como poder de regulamentação sobre suas relações, de acordo e subordinada à Lei n.º 6.729.

Além do mais, segundo a Lei n° 6.729, todos os acordos de distribuição comercial devem sempre observar uma forma escrita padrão e seu conteúdo deve estar de acordo com os artigos 20 e 21, que prevêem que os termos do acordo deverão sempre possuir as seguintes cláusulas: (i) especificação do produto; (ii) definição da área operacional; (iii) distância mínima entre os estabelecimentos dos Distribuidores; (iv) as quotas dos distribuidores; (v) requerimentos com relação à condição financeira, administração, equipamentos, pessoal especializado, facilidades e capacidade técnica dos distribuidores; (vi) duração indeterminada do acordo que

só pode ser extinto nos termos da Lei n°6.729, ressalvada a possibilidade de uma duração inicial de no mínimo cinco anos[18].

Finalmente, os Acordos de Distribuição Comercial podem se extinguir na ocorrência dos eventos seguintes: (i) pelo consenso de ambas as partes; (ii) pela remessa da notificação expressa acima mencionada, no caso de um acordo inicial de cinco anos; (iii) pela iniciativa da parte inocente, no caso de quebra de contrato, infração da Convenção de Categoria ou da Lei n° 6.729[19].

Ainda, se o fabricante remeter ao Distribuidor a notificação escrita para o término do acordo inicial de cinco anos sobre o qual já discorremos, de acordo com o artigo 23 da Lei n° 6.729, o fabricante obriga-se a: (i) comprar o estoque inteiro de veículos e peças pelo preço oferecido aos Distribuidores no dia do pagamento de tal reaquisição; (ii) comprar todos os equipamentos, maquinário, ferramentas e instalações (exceto a propriedade imobiliária), pelo seu preço de mercado, desde que sua aquisição haja sido determinada pelo fabricante ou não tenha sofrido oposição por parte do mesmo, logo após notificação escrita do Distribuidor informando tais aquisições. Por outro lado, se o Distribuidor remete a notificação prevista no artigo 21 da Lei n° 6.729 o fabricante não fará jus a qualquer indenização.

Com relação ao Acordo de Distribuição Comercial de duração indeterminada, as consequências do seu término estão previstas pelas seções 24 a 27 da Lei n° 6.729, com se segue:

(1) Término causado pelo fabricante: (i) O fabricante deve comprar de volta o estoque inteiro de novos veículos automotores e autopeças do Distribuidor pelo preço oferecido aos consumidores no dia do distrato; (ii) O fabricante deve comprar todo o equipamento, maquinário, ferramentas e instalações (exceto a propriedade imobiliária), pelo seu preço de mercado; (iii) O fabricante também deve pagar uma

18 Após os quais o acordo será automaticamente transformado em de duração indeterminada, desde que uma notificação escrita de término não seja remetida para a outra parte, pelo menos cento e oitenta dias antes do seu término.

19 Também está previsto no artigo 22 da Lei 6.729, que o término baseado nos eventos descritos no item e supra, deve sempre ser precedido por sanções prévias e graduais. Também no caso de término do contrato, as partes devem ter uma garantia de um período mínimo de cento e vinte dias após a ruptura, para que sejam concluídas quaisquer operações pendentes.

indenização ao Distribuidor correspondente a 4% de seu último faturamento bruto de bens e serviços projetados para os próximos dezoito meses, mais três meses, por cada cinco anos de duração do contrato, baseado nos últimos dois anos anteriores ao término[20].

(2) Término provocado pelo Distribuidor: O Distribuidor deve pagar uma indenização correspondente a 5% do valor total de todas as mercadorias que houver adquirido nos últimos quatro meses anteriores ao término.

Independentemente de que parte deu causa ao término, todos os valores devidos à parte de boa-fé devem ser pagos até sessenta dias contados do dia do término do acordo.

21.2.2. Contratos de Distribuição Ordinária

Ao contrário dos Acordos de Distribuição Comercial, os chamados contratos de distribuição ordinária não têm lei específica para regulamentar a relação entre as partes, sendo assim regidos pelas disposições gerais encontradas no Código Comercial Brasileiro de 1850 e no Código Civil brasileiro[21].

Por isso, as partes contratantes são livres para regulamentar suas relações, quase que exclusivamente, por meio do contrato, observando-se tão somente as já mencionadas normas gerais sobre obrigações como prevista nos Códigos Comercial e Civil[22].

20 Ainda, o fabricante deve pagar ao Distribuidor uma adicional, se assim previsto pelo Acordo de Distribuição Comercial ou pela Convenção de Categoria.

21 arts. 710 a 721, comuns à Agência e Distribuição.

22 Portanto, se o contrato não tiver previsão quanto à sua duração, há uma presunção legal de que o mesmo é indeterminado e seu término será possível a qualquer tempo através de uma simples notificação de noventa dias.

CONTRATOS INTERNACIONAIS: PROPRIEDADE INTELECTUAL

22.1. Aspectos Gerais – Contratos Internacionais

Capítulo 22

Com o avanço da globalização da economia e o rápido desenvolvimento dos meios de comunicação e logística experimentados nas últimas décadas, o processo de integração de mercados e de internacionalização de empresas tornou-se um fenômeno claro, complexo e irreversível no século XXI. Em razão da recuperação econômica da América Latina e, em particular, do Brasil, o volume de contratos internacionais, em geral, firmados em nosso país vem aumentando significativamente a cada ano. Nesse sentido, faz-se necessário ressaltar, desde logo, as particularidades essenciais de um contrato internacional e o que o distingue em relação a um contrato interno. Com efeito, um contrato será sempre considerado como sendo internacio-

nal, na medida em que um dos seus elementos integrantes for sujeito ou estiver conectado a um outro ordenamento jurídico, ou seja, é justamente a presença desses elementos internacionais multiconectados, que são comumente denominados de elementos de conexão ou de estraneidade, que implicará na possibilidade eventual da aplicação de mais de um ordenamento jurídico para reger uma determinada relação jurídica contratual. Esse elemento de conexão poderá ser, por exemplo, conforme o caso, a localização do domicílio das partes contratantes em países diversos, ou o local do cumprimento da obrigação contratual, ou ainda a localização do bem objeto da transação comercial.

Observe-se, por conseguinte, que um contrato internacional requer, na sua essência, mais de um Estado competente, com possibilidade de aplicar o seu próprio direito interno a um mesmo contrato, devido à presença de um ou mais elementos de conexão. Note-se, portanto, a necessidade das partes contratantes em qualquer relação contratual, de natureza internacional, definirem, desde logo, qual dos dois ou mais ordenamentos jurídicos conectados àquele contrato especifico regulará a referida relação contratual. Verifique-se, dessa forma, que a escolha da lei de um país, que será aplicada a um contrato internacional tem como ponto de partida o princípio da autonomia da vontade das partes, que consagra a liberdade das mesmas em determinar a lei aplicável, bem como os termos e as condições que regerão o referido contrato internacional, desde que respeitados, é claro, os limites da ordem pública, bons costumes e da soberania de cada Estado.

No caso das partes contratantes não estabelecerem uma determinada lei para regular o contrato internacional que celebraram, na hipótese de surgir no futuro uma eventual disputa entre ambas, então a controvérsia em questão será solucionada de acordo com a lei aplicável que resultar da aplicação das normas internas de Direito Internacional Privado (DIPr) do país competente para julgar a disputa e resolver, de forma definitiva, o eventual conflito de lei no espaço. Cumpre observar que, diante da situação de ausência da escolha da lei aplicável ao contrato internacional, no que diz respeito ao Brasil, as nossas normas internas e indiretas de Direito Internacional Privado encontram-se dispostas na Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Verifique-se, no entanto, que, de acordo com a legislação brasileira, há duas normas diversas: (i) a primeira delas diz respeito à situação na qual as partes estão presentes

no local da formação do contrato internacional, assim o *caput* do Art. 9º, da LICC, determina que "*para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*", ou seja, instituindo o princípio da lex loci celebrationis; e (ii) a segunda regra trata do caso de um contrato internacional que é celebrado entre partes ausentes, por exemplo, por meio de carta, telefone, ou internet. Nesta hipótese, a lei aplicável será, de acordo com o Parágrafo 2º, do art. 9º da LICC, a lei do país de residência do ofertante ou proponente, sem levar em consideração o local da celebração do contrato: "*A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente*".

Tais regras aplicam-se, em geral, a todos os contratos internacionais, independente da sua natureza, incluindo, por conseguinte, os contratos internacionais que se destinam à proteção da propriedade intelectual, que representa um elemento de grande valor econômico para as empresas e, também, para os Estados, que não cessam de discutir e celebrar acordos visando uma maior ampliação da proteção dos direitos oriundos da propriedade intelectual, aí compreendidos tanto a propriedade industrial, que abrange as marcas registradas, invenções (patentes) e os desenhos industriais, como os direitos autorais mais relacionados à proteção de obras literárias, científicas ou artísticas, de diferentes formas, tais como: livros, fotografias, pinturas, músicas, coreografias, desenhos (incluindo desenhos técnicos), mapas, esculturas, filmes e audiovisuais, etc.

Em relação à proteção dos direitos autorais, cumpre destacar que ela visa garantir, basicamente, dois objetivos distintos, a saber: (i) o exercício do chamado "direito moral do autor", isto é, um direito inerente ao próprio autor de reivindicar para si a paternidade da sua obra e de garantir a sua integridade, se opondo a qualquer tentativa de alteração ou de deformação da sua obra original; e (ii) o exercício do chamado "direito econômico" de exploração comercial da sua obra, mediante autorização expressa para garantir o uso legítimo por terceiros do todo ou parte de sua obra, em reproduções do trabalho do autor destinadas à venda para o público, em geral, por meio de edição de livros, gravação de músicas, transmissão de imagens, etc.

Por outro lado, a proteção jurídica da propriedade industrial tem por objetivo garantir que a marca, por exemplo, que identifica um produto ou um serviço prestado por uma determinada empresa, após o seu devido registro no órgão competente, não poderá mais ser usada por nenhuma outra pessoa ou empresa, tornando-se

ilegal imitá-la ou reproduzi-la, sem a autorização prévia do seu proprietário, não podendo ser comercializada nenhuma cópia não autorizada e, portanto, ilegal. O mesmo acontece com as patentes e os desenhos industriais. Verifique-se, ainda, que, no Brasil, a propriedade intelectual está protegida, inclusive, em nossa Constituição Federal, que protege esses ativos, nos termos do art. 5º, incisos XXVII e XXIX, que dispõem, respectivamente:

“XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;”

“XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;”

22.2. O Brasil e os Tratados Internacionais de Propriedade Intelectual

A Preocupação com a proteção jurídica internacional dos direitos de propriedade intelectual não é recente. Há muito tempo os Estados vêm tentando garantir que esses direitos sejam respeitados, impedindo e reprimindo o comércio ilegal de cópias não autorizadas, para encorajar o licenciamento regular, lícito e produtivo das marcas, patentes e, mais recentemente, do *software*. Os primeiros esforços para a proteção internacional da propriedade intelectual datam, ainda, do século XIX, como a Convenção de Paris de 1883 sobre a Proteção da Propriedade Industrial e, em seguida, a Convenção de Berna de 1886 sobre a Proteção de Trabalhos Artísticos e Literários, tendo sido a primeira revisada e atualizada posteriormente.

O Brasil ratificou a Convenção de Paris de 1883 já no ano seguinte, por meio do Decreto 9.233, de 28 de junho de 1884 e, posteriormente, em 31 de dezembro de 1929, por meio do Decreto 19.056, incorporou as alterações promovidas pela primeira revisão da Convenção de Paris, ocorrida em Haia, Holanda, em 1925. Já na segunda metade do século XX, uma nova revisão foi organizada, resultando na Convenção de Estocolmo de 1967, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto 75.572, de 8 de abril de 1975, e, um pouco mais tarde, por meio do Decreto 635, de 21 de agosto de 1992, o Brasil incorporou os artigos 1º ao 12 e o art. 28, alínea 1,do texto de Esto-

colmo. Uma das grandes contribuições de Estocolmo foi justamente estabelecer as bases para a criação da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), da qual o Brasil faz parte e que tem por finalidade precípua promover e estimular a criação intelectual, garantindo proteção aos seus direitos e reprimindo a competição desleal, por meio da cooperação entre os Estados, formulação de novos tratados sobre a matéria e inspirando a modernização das legislações internas dos distintos países. A OMPI se tornou uma agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU).

Além disso, o Brasil ratificou, também, outro tratado importante relativo à proteção jurídica da propriedade intelectual, o chamado Acordo dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (mais conhecido pela sua sigla em inglês "TRIPS" – *Trade Related Intellectual Property Rights*), celebrado em 1994, na conclusão das negociações da Rodada Uruguai, iniciada em 1986, no âmbito do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT) e que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC), da qual o referido acordo é parte integrante dos seus atos constitutivos. O Acordo TRIPS regulamenta, dentre outros temas, a proteção dos direitos de propriedade intelectual, em matéria de patentes, direitos autorais, marcas registradas, indicações geográficas e desenhos industriais. O TRIPS também estabelece que os membros da Organização Mundial do Comércio garantam a proteção da propriedade intelectual, segundo os termos da Convenção de Paris e outros acordos internacionais relacionados à matéria. No Brasil, o TRIPS (Anexo 1C do Tratado de Marrakesh) foi ratificado através do Decreto nº 1.355 de 30 de dezembro de 1994, que incorporou a Ata final da Rodada Uruguai das negociações Comerciais Multilaterais do Acordo do GATT. Observe-se, ainda, que o Brasil ratificou também outros tratados internacionais relevantes referentes à proteção da propriedade intelectual, tais como: (a) Acordo de Estrasburgo Relativo à Classificação Internacional de Patentes; e (b) Tratado sobre Cooperação em Matéria de Patentes.

Já no final do século XX, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 9.279, de 14.5.1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial, também conhecida como o novo Código de Propriedade Industrial brasileiro, que regulamentou diversos aspectos relativos a invenções, modelos de utilidade, marcas de produtos, marcas comerciais e de serviços e desenhos industriais. A referida lei dispõe ainda de regras sobre os crimes contra a propriedade industrial. Essa Lei foi posteriormente alterada pela Lei nº 10.196, de 14 de fevereiro de 2001

22.3. Contratos Internacionais em Propriedade Intelectual

22.3.1. Contrato Internacional de Cessão de Direitos Autorais sobre Obra Literária

Os direitos autorais são regulados no Brasil pela Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998, que regula a matéria dos direitos autorais no país e garante aos estrangeiros, domiciliados no exterior, a proteção dos seus direitos autorais assegurada nos acordos, convenções e tratados em vigor no Brasil. Vários aspectos são abordados na referida lei, como regras relativas à reprodução, início da proteção dos direitos do autor, bem como da sua extinção. A esse respeito, cumpre observar que, de acordo com as regras adotadas pela maioria dos países, uma obra literária, por exemplo, entra em domínio público em setenta anos, após o ano subsequente à morte autor. Em consonância com essa tendência internacional, o Brasil, atualmente adota o mesmo critério, isto é, os sucessores do autor da obra literária perdem os seus direitos autorais adquiridos em setenta anos após a morte do mesmo, tal como indica o artigo 41 da Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

O Contrato Internacional de Cessão de Direitos Autorais sobre Obra Literária é um instrumento particular pelo qual o autor (titular dos direitos autorais, o cedente) cede a um terceiro, em geral, uma editora (a cessionária), os direitos para: promover a edição da obra literária, sob quaisquer formas e a autoriza a publicá-la, distribuí-la e comercializá-la em todo o território nacional ou até em outros países, que deverão ser especificados no próprio contrato. Normalmente, este tipo de contrato vai estabelecer, ainda, uma declaração do cedente assegurando que a obra é original e que sobre ela não pairam questionamentos, de natureza alguma, relativos à violação de direitos de terceiros, bem como nenhum ônus ou direitos que impeçam a sua cessão. Observe-se, também, que as obrigações contraídas pelas partes contratantes, no âmbito deste tipo de contrato, obrigam os seus herdeiros e/ou sucessores. Além disso, o contrato deve estabelecer, ainda, que nenhuma alteração posterior na obra literária poderá ser realizada, sem que haja uma prévia e expressa anuência do próprio autor, ou de seus sucessores, conforme o caso.

O autor poderá reservar para si no contrato, o direito de revisar, antes da impressão e publicação da obra no exterior, quaisquer traduções que tenham porventura sido feitas, de maneira a garantir a integralidade e originalidade do conteúdo da

sua criação. Outro aspecto relevante a ser incluído no contrato é a cláusula sobre a forma de remuneração do autor que, na maioria dos casos, é calculada sobre um valor correspondente a um percentual sobre o preço de capa de cada livro. Esta remuneração é devida de acordo com as vendas efetivamente realizadas, enumeradas pela editora em boletins periódicos de prestação de contas, que podem, inclusive, ser auditadas pelo cedente. Faz-se necessário, ainda, definir se a cessionária será ou não investida de exclusividade sobre a obra, oponível contra terceiros e contra o próprio autor, que, dependendo da extensão da exclusividade, não poderão reproduzi-la por qualquer forma.

22.3.2. Contrato Internacional de Licenciamento de Marca

Segundo a legislação brasileira, uma marca é qualquer sinal distintivo, que identifica e distingue empresas, produtos e serviços de outros análogos, de procedência diversa. Cumpre ressaltar que o registro da marca junto ao órgão competente é fundamental, na medida que somente o registro (a "marca registrada") garante ao seu proprietário o direito de uso exclusivo em todo o território nacional, em seu respectivo ramo de atividade econômica. Da mesma forma, a sua identificação pelo consumidor pode agregar mais valor aos produtos ou serviços por ela identificados. No Brasil, o órgão competente para o registro de uma marca é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), que é uma Autarquia Federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, de acordo com a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), a Lei de Software (Lei nº 9.609/98) e a Lei nº 11.484/07 e que tem por finalidade: (i) o registro de marcas; (ii) a concessão de patentes; (iii) a averbação de contratos de transferência de tecnologia e de franquia; (iv) o registro de programas de computador; (v) o registro de desenhos industriais; (vi) registro de indicações geográficas; e (vii) o registro de topografias de circuitos integrados.

A regulamentação para o registro da marca está essencialmente prevista na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9279/96), que dispõe sobre os direitos e obrigações relativos às marcas, bem como todos os aspectos do direito marcário, inclusive tudo aquilo que pode ou não pode ser registrado como marca, nos termos do seu artigo 124. Como as marcas registradas são bens imateriais suscetíveis de registro e são objeto de propriedade, elas podem, igualmente, ser objeto de cessão ou transferência. De acordo com o artigo 134 da Lei 9.279/96, a cessão de uma marca poderá abranger tanto o pedido de registro, quanto o próprio registro

em si, desde que o cessionário também atenda aos requisitos legais para requerer tal registro. Esta cessão produz efeitos a partir da anotação no registro, feita por requerimento ao INPI, que tem competência para isso nos termos do artigo 136, inciso I, da referida Lei. Observe-se, ainda, que a cessão só produzirá efeitos perante terceiros a partir da publicação do deferimento da anotação pelo INPI. Verifique-se, também, que, de acordo com a Lei 9.279/96, o legislador brasileiro optou pelo critério do princípio da universalidade da cessão da marca, segundo o qual, no caso de transferência, todos os registros e pedidos de marcas iguais ou similares referentes à mesma atividade deverão ser transferidos em bloco.

O licenciamento de marca é um procedimento pelo qual ocorre a concessão de direitos de uso de uma determinada marca registrada para terceiros, com a finalidade de agregar valor ao produto ou ao serviço da empresa licenciada, mediante o reconhecimento instantâneo dos consumidores de uma marca em evidência, representando um elemento essencial para a conquista e fidelização dos mesmos. De acordo com o artigo 140, da Lei nº 9.279/96, o licenciamento da marca deverá ser objeto de um contrato específico, que deverá "*ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros*". Note-se, portanto, que somente a partir da averbação do contrato de licenciamento junto ao INPI é que este produzirá efeitos perante terceiros. Caso o contrato de licenciamento não seja averbado junto ao INPI, o licenciado poderá enfrentar vários problemas, como, por exemplo, a caducidade da marca em razão da impossibilidade do licenciado demonstrar o uso da mesma, uma vez que somente o titular da marca poderia fazê-lo, em razão da falta de averbação no INPI.

O contrato internacional de licenciamento de marcas deverá, além das cláusulas características de todos os contratos internacionais, como as cláusulas de lei de regência e foro, ou a possibilidade de solução de eventuais controvérsias, por meio de métodos alternativos de disputa, como a mediação e arbitragem comercial internacional, conter também informações definindo, de forma clara e inequívoca, a marca a ser licenciada e seus critérios de utilização, a declaração do licenciado de que dispõe de condições técnicas e industriais de produzir os produtos licenciados, de acordo com os modelos e especificações do licenciante, fixar as quantidades de produção dos produtos licenciados, estabelecer critérios de confidencialidade, o prazo para o licenciamento do uso de marca, a contraprestação financeira, expressa em percentuais sobre o valor das vendas referentes à utilização da marca licenciada, conforme o caso, seja quando o design do produto for desenvolvido pela empresa licenciada ou pelo próprio licenciante, a forma e a moeda de pagamento, a pres-

tação de contas e eventuais auditorias, bem como a multa contratual em caso de violação dos critérios de uso da marca licenciada.

Por fim, cumpre observar que, no Brasil, é possível realizar o registro de uma marca como brasileira ou estrangeira. No caso das marcas estrangeiras, faz-se necessário ressaltar que elas são registradas em consonância com os critérios estabelecidos pela própria Convenção de Paris, que definiu um período de prioridade de seis meses, a contar da data do pedido no país de origem da marca, para que o seu proprietário inicie o pedido de registro desta marca em outros países que também tenham ratificado a referida Convenção. Nesse sentido, para que uma marca estrangeira seja registrada como tal no Brasil, será necessário apresentar ao INPI, uma cópia autenticada do pedido de marca feito no seu respectivo país de origem ou o seu certificado de registro.

22.3.3. Contrato Internacional de Licenciamento de Patente

Uma Patente é, de fato, um título de propriedade sobre uma invenção, ou modelo de utilidade, outorgados pelo Estado aos inventores ou outras pessoas físicas ou jurídicas que forem as legítimas detentoras de direitos sobre o invento, que garante ao seu titular a exclusividade ao explorar comercialmente a sua criação. Em contrapartida à proteção da patente, o titular se obriga a descrever, detalhadamente, todo o conteúdo técnico da invenção protegida pela patente. Os direitos exclusivos garantidos pela patente referem-se ao direito de prevenção, durante o prazo de vigência da patente, de outros fabricarem, usarem, venderem, ou importarem a invenção protegida.

O titular da patente poderá explorar economicamente e comercializar a patente *per se*. No entanto, sendo a patente uma propriedade, ela poderá ser objeto de venda ou de concessão, por meio de licença a terceiros para a exploração do objeto da patente em questão. Essa licença poderá ser concedida pelo titular da patente, ou por seus herdeiros ou sucessores. Observe-se, também, que a licença em questão poderá ser exclusiva, quando o próprio titular da mesma torna-se excluído do direito de exploração comercial da patente, ou ainda uma licença não exclusiva, quando o titular poderá conceder várias licenças a distintas pessoas físicas ou jurídicas, ou até explorar por conta própria o invento de sua titularidade. A concessão da licença é objeto de um contrato específico de licenciamento, que, nos termos do artigo 62, da Lei nº 9.279/96, está sujeito à averbação no INPI.

Nos termos da Lei nº 9.279/96, existem diferentes tipos de licenças, a saber: (a) a licença voluntária, que garante ao titular da patente o direito de licenciar terceiros com a finalidade de fabricar e comercializar o produto objeto da proteção; e (b) a licença compulsória, que foi instituída para fins de se evitar quaisquer abusos no exercício do direito de exploração comercial exclusiva da patente, como, por exemplo, a falta de uso efetivo da invenção. A referida lei prevê especificamente os casos de concessão de licenças compulsórias, notadamente: (i) insuficiência de exploração; (ii) exercício abusivo; (iii) em situações de abuso de poder econômico; (iv) dependência de patentes; ou (v) interesse público ou emergência nacional. Este último dispositivo, ganha particular relevância após a criação da Organização Mundial do Comércio e a discussão, em 2001, que resultou na Declaração de Doha, que permite, em casos de extrema urgência, como, por exemplo, diante de epidemias que colocam em risco vidas humanas, que um país possa permitir o uso da patente, sem a autorização prévia do titular do direito. Note-se, no entanto, que, segundo a mesma lei, a licença compulsória poderá não ser concedida se, no momento da solicitação da licença compulsória, o seu titular apresentar uma justificativa pelo desuso da patente por razões legítimas; ou comprovar a realização de sérios preparativos para o início da exploração do objeto da patente; ou ainda justificar a falta de comercialização da patente, em razão de obstáculo de ordem legal.

O contrato internacional de licenciamento de patente, a ser averbado no INPI, que tem por objeto autorizar terceiros, com ou sem exclusividade, a explorar uma patente concedida ou requerida, deverá incluir disposições relativas: ao número e ao título da patente concedida ou o número de protocolo quando já requerida, mas ainda não concedida; a concessão de *know-how*; o prazo do contrato; as condições de remuneração e a disciplina do pagamento dos *royalties*, incluindo a sua moeda; assistência técnica e treinamento a técnicos da licenciada; o país para a exploração da licença; as regras de confidencialidade; a disciplina do uso da patente, mediante o uso efetivo da patente licenciada, fabricando e vendendo ininterruptamente os produtos em quantidades determinadas; possibilidade de realização de auditorias por parte do licenciante; possibilidade de aperfeiçoamento técnico do produto; multa em caso de inexecução das obrigações contratuais, além das cláusulas de lei de regência e jurisdição competente ou, ainda, uma cláusula compromissória, estabelecendo o compromisso das partes em submeter eventuais controvérsias ao mecanismo alternativo de solução de disputas da arbitragem comercial internacional.

Um titular estrangeiro de uma patente pode requerer o pedido da respectiva patente no Brasil, nos prazos e nos termos da Convenção de Paris. Como não há uma

patente internacional, cada patente terá validade dentro do seu respectivo país de registro e proteção, em razão do princípio da independência das patentes. Sendo assim, em um contrato internacional de licenciamento de patente, este deverá, conforme o caso, fazer referência a cada uma dessas patentes nacionais registradas nos distintos países.

22.3.4. Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia

As operações de transferência de tecnologia têm por finalidade assegurar que o desenvolvimento científico e tecnológico seja acessível para pessoas físicas, empresas ou governos, para que estes possam explorar a tecnologia em novos produtos, aplicações, materiais e serviços. Toda vez que uma operação de transferência de tecnologia envolver uma parte brasileira, ou ainda um direito de propriedade industrial registrado no Brasil, esta transferência será regulada pela legislação aplicável à matéria e, em particular, será regida pelo Ato Normativo do INPI nº135/97, que rege os critérios para a averbação e o registro de contratos que contenham dispositivos relacionados à transferência de tecnologia e que, de acordo com o INPI, representam tipos de contratos distintos, como: (i) licenciamento de marcas; (ii) licenciamento de patentes: (iii) exploração de desenho industrial; (iv) fornecimento de tecnologia; (v) assistência técnica e cientifica; e (vi) contratos de franquia.

Cumpre observar, desde logo, que tais contratos devem ser averbados pelo INPI, incluindo os contratos de licença de direitos de exploração (patentes, desenho industrial e uso de marcas), os contratos de aquisição de conhecimentos tecnológicos (fornecimento de tecnologia e prestação de serviços de assistência técnica e científica) e os contratos de franquia, de forma que tais contratos possam produzir efeitos não apenas entre as partes, mas também perante terceiros. Essa averbação perante o INPI é importante, anda, para fins fiscais e para permitir a remessa futura de *royalties* para o exterior.

Os contratos internacionais de transferência de tecnologia incluem determinadas cláusulas, conforme o tipo de operação de transferência de tecnologia que ele envolver. Na prática, cada um dos diversos tipos de contrato de transferência de tecnologia possui uma estrutura própria, bem como objetivos específicos, embora haja uma comunhão de aspectos entre eles, como, por exemplo, a definição de regras rígidas de confidencialidade e a possibilidade de se estabelecer a remuneração do titular dos direitos no exterior por meio do pagamento de *royalties,* em

percentual, que pode ser fixo ou variável, conforme o caso. Mas, ao contrário, as características de cada um desses contratos divergem conforme a sua natureza jurídica específica. Em termos de prazo de vigência, por exemplo, observe-se que a duração pode variar bastante de um tipo para o outro; verifique-se que no contrato de licenciamento de uma patente, por exemplo, a sua duração não poderá ultrapassar o limite de duração da própria proteção do registro da patente. Sendo assim, os modelos de contrato de transferência de tecnologia devem respeitar essas distintas especificidades, de acordo com cada tipo envolvido de transferência de tecnologia. Dentre as modalidades de transferência de tecnologia mais utilizadas no Brasil destacam-se os contratos de licenciamento de marcas e patentes, que já foram abordados anteriormente. No entanto, faz-se necessário mencionar, também, outro tipo de transferência de tecnologia que vêm ganhando cada vez mais espaço no Brasil: o contrato de franquia empresarial (*franchising)*.

No Brasil, o contrato de franquia encontra-se dentre os contratos nominados desde a vigência da Lei 8.955 de 15 de dezembro de 1994, que o regulamenta. Essa Lei regulamentou vários aspectos relativos à franquia, que vão desde as relações básicas entre um franqueador e o seu franqueado, as regras para a formação do contrato de franquia, até as possíveis sanções no caso de inexecução de algumas obrigações contratuais. Este contrato se caracteriza pela independência, jurídica e financeira, que goza o franqueado em relação ao franqueador, não estando vinculado a ele empregaticiamente, salvo, é claro, na hipótese de haver uma evidente dissimulação de contrato de trabalho. Por outro lado, o franqueador consegue estabelecer uma verdadeira rede de distribuição de produtos ou de serviços, por meio de termos e disposições contratuais que pouco o onera.

O contrato internacional de franquia, em geral, vai introduzir cláusulas específicas deste segmento empresarial, tais como: a definição da franquia pretendida (franquia de produtos, serviços, industrial...); o seu objeto; o licenciamento do uso da marca franqueada e/ou patentes inerentes à franquia; o manual do franqueado, contendo todas as regras para a utilização da franquia, práticas comerciais, política de recursos humanos e critérios para a elaboração da contabilidade, atendimento ao público, bem como todos os critérios de divulgação e emprego da marca franqueada; regras quanto ao treinamento do franqueado e de seus funcionários; normas sobre propaganda e marketing dos produtos e/ou serviços; cláusula de confidencialidade; as taxas de franquia e de publicidade; a definição do pagamento dos *royalties* calculado sobre um percentual das vendas do franqueado, bem como a sua

moeda e prazos de pagamento; elaboração de relatórios periódicos sobre as vendas, o comportamento do consumidor e a evolução do mercado e da concorrência; restrições quanto ao uso da marca; seguros; inexecução das obrigações contratuais, além de multas e formas de indenização por violação dos direitos de propriedade intelectual; além, é claro, das cláusulas de lei aplicável, foro e de recurso à arbitragem, como mecanismo alternativo de solução de controvérsias.

TRATADOS INTERNACIONAIS

Capítulo 23

23.1. Aspectos Gerais

Os tratados são acordos escritos celebrados entre partes que possuem personalidade jurídica de Direito Internacional, podendo ser concluídos entre Estados, entre Estados e organizações internacionais ou entre as próprias organizações internacionais, desde que as partes estejam representadas por agentes habilitados. Esses instrumentos visam disciplinar as relações jurídicas entre as partes, que livremente os celebraram, e, e são destinados a produzir efeitos jurídicos na esfera internacional e alcançar objetivos jurídicos e legítimos.

De acordo com a regra do Direito Internacional, os tratados são negociados e celebrados por partes contratantes, de tal modo que elas estejam obrigadas a cumprir e fazer cumprir seus dispositivos de boa-fé.

Da perspectiva brasileira, os tratados e convenções são negociados e assinados pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente da República, antes de serem ratificados na esfera internacional. Nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal Brasileira de 1988, eles

devem ser remetidos à aprovação do Congresso Nacional: em primeiro lugar, pela Câmara dos Deputados e, em seguida, pelo Senado Federal. Após a emissão de um Decreto-Lei pelo Congresso aprovando o tratado, o seu texto é encaminhado ao Presidente Brasileiro, que, por sua vez emite um decreto incorporando o tratado ao ordenamento jurídico interno, seguido, portanto, de publicação do texto internacional no plano interno. Estas etapas coordenadas são imprescindíveis para que os tratados obtenham executoriedade no âmbito interno.

Paralelamente à decisão de aprovação pelo Congresso Nacional, o Chefe do Executivo ou o Ministro das Relações Exteriores comunica a ratificação à autoridade depositária do tratado. Na sequência e por último, tratados são levados a registro perante o Secretaria Geral das Nações Unidas e tornam-se então conhecidos pelos demais países, ou seja, no contexto do Direito Internacional.

23.2. Comércio Internacional

Em relação ao sistema multilateral o comércio, o Brasil é membro da Organização Mundial do Comércio (OMC) que substituiu o quadro normativo primário do antigo GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio – General Agreement on Tarifs and Trade) de 1947, segundo a Organização que foi criada pelo Tratado de Marrakesh de 1994.

Independentemente de sua participação como Membro nas instituições do sistema de comércio internacional moderno, o Brasil é um dos Estado signatários originários dos acordos de Bretton Woods, portanto do Fundo Monetário Internacional (FMI), e do Banco Mundial. É também membro fundador e acionista do Banco Interamericano de Desenvolvimento, o BID, e Estado-observador nas União Europeia, para a qual mantém uma Missão permanente em Bruxelas.

Quanto à sua agenda comercial nas últimas décadas, o Brasil assinou tratados bilaterais com a Áustria, em 13/3/93, com a Comunidade Europeia, em 31/1/94, com a Turquia, em 10/04/95, com o Uruguai, em 6/5/97, bem como ajustes complementares com o Peru, em 21/07/99, um protocolo com a Argentina, em 39/10/99, e um acordo com a Costa Rica, em 04/04/2000. Outros acordos bilaterais devem ainda ser mencionados neste contexto: o Acordo de Cooperação Econômica com a Hungria, assinado em 05 de maio de 2006; o Acordo de Cooperação Econômica e de Comércio com o Cazaquistão, de 27 de setembro de 2007; Acordo de Cooperação Econômica e

Industrial com a República Tcheca, de 12 de abril de 2008; Acordo de Cooperação em Assuntos Econômicos, Científicos, Tecnológicos e de Inovação com a Grécia, em 03 de abril de 2009; e o Acordo de Comércio e Cooperação Econômica com a Jordânia, de 23 de Outubro de 2008; e os Memorandos de Entendimentos para a Promoção do Comércio e Investimento, concluído com a Bolívia (11 de Novembro de 2003), Chile (23 de Agosto de 2004), e Colômbia (em 27 de junho de 2005).

23.3. Propriedade Intelectual

No que se refere à proteção internacional dos direitos da propriedade intelectual (patentes, marcas, desenhos industriais, direitos autorais e direitos conexos, e demais direitos de propriedade intelectual), o Brasil foi um dos fundadores da União em Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, criada em 1883, e posteriormente aderiu à União de Berna para Proteção das Obras Literárias e Artísticas de 1886 (em 09 de fevereiro de 1922).

Desde 1975, o Brasil é membro da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) sendo signatário da Convenção da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial, com as revisões da Haia de 1935 e de Estocolmo de 1967 e a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Artísticas e Literárias de 1886, com a Revisão de Paris (1971).

O Brasil é igualmente signatário do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes (PCT), assinado em Washington em 1970, tendo o mesmo sido ratificado e incorporado ao ordenamento interno brasileiro.

Outros tratados internacionais de propriedade intelectual, adotados sob os auspícios da OMPI ou os que foram administrados pela organização, foram assinados pelo Brasil, sob o Tratado de Madrid na Indicação de Fontes, de 1896; A Convenção de Roma para a Proteção dos Intérpretes, Produtores de Fonogramas e Organismos de Radiodifusão de 1961, o Acordo de Estrasburgo de 1971, relativo à Classificação Internacional de Patentes; Convenção para a Proteção de Intérpretes e Produtores de Fonogramas contra Reprodução não Autorizada de seus Fonogramas de 1971, e o Tratado de Nairóbi para a Proteção do Símbolo Olímpico de 1981.

Desde 1994, com a criação da Organização Mundial do Comércio, o Brasil tornou-se também Membro do Acordo dos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacio-

nados ao Comércio – o "TRIPS" (Anexo IC do Acordo da OMC de 1994), o qual foi incorporado ao ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 1.355/94. De acordo com os dispositivos do TRIPS e do Acordo constitutivo da OMC, quaisquer controvérsias internacionais relacionadas aos direitos de propriedade intelectual, envolvendo seus Membros, podem ser levadas ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). Este possui jurisdição para adjudicar litígios internacionais que tratam de assuntos relacionados a comércio internacional, incluindo comércio de bens, subsídios, dumping, barreiras não tarifárias, serviços e propriedade intelectual.

No campo das relações bilaterais em matéria de propriedade intelectual, o Brasil assinou vários acordos, a exemplo: com a Suécia (1955), para a proteção de marcas industriais e comerciais, com a França (1983), sobre propriedade industrial, com a antiga URSS (1982), de cooperação científica e tecnológica, com os EUA (1957) e a Itália (1963), sobre direitos autorais.

23.4. Tributos

No campo das leis tributárias relativas às relações de comércio internacional, o Brasil assinou, ratificou e incorporou ao direito interno, uma variedade de acordos internacionais "no sentido de evitar a dupla taxação do imposto de renda" (acordos internacionais sobre dupla tributação), exemplo dos quais podem ser citados os acordos assinados com: Alemanha (2006), Argentina (1982), Áustria (1976), Bélgica (1973), Canadá (1986), Chile (2003), China (1993), Dinamarca (1974), Equador (1988), Espanha (1976), Finlândia (1998), França (1972), Hungria (1991), Índia (1992), Israel (2005), Itália (1981), Japão (1967 e 1978), Luxemburgo (1980), México (2006), Noruega (1981), Peru (2009), Filipinas (1991), Portugal (2001), os Países Baixos (1991), África do Sul (2006), Coreia do Sul (1991), Suécia (1976 e 1996), Eslováquia e a República Tcheca (1991), Ucrânia (2006).

Do mesmo modo, o Brasil assinou tratados internacionais sobre isenção de imposto de renda para companhias de transporte marítimo e aéreo com os seguintes países: África do Sul, França, Itália, Inglaterra e Irlanda, Suíça e Venezuela. Devido a estes acordos, designados à prevenção da dupla tributação, o Brasil aplica taxas reduzidas, seguindo o estabelecido nos acordos mencionados, contrariamente à legislação doméstica brasileira, para os rendimentos previstos, incluindo juros relativos à aquisição de bens que exigem financiamentos de longo prazo. Essas reduções nas taxas são permitidas, mesmo quando a fonte pagadora assumiu o ônus fiscal,

devido à execução dos contratos tanto no Brasil quanto no exterior, com pessoas residentes tanto no Brasil quanto no exterior.

Adicionalmente, com o intuito de desenvolver projetos e ações relacionadas à cooperação técnica na área fiscal e de administração aduaneira, o Brasil assinou um acordo complementar com Cuba, em 27 de maio de 1998, determinando prioridade na administração fiscal e demais aspectos relacionados; sobre a coleta, os procedimentos e sistemas presentes no relacionamento entre a administração fiscal com redes bancárias; com a adaptação ou desenvolvimento de um sistema de classificação de receita, e ainda, a adaptação de sistemas de informações tecnológicas para gerenciar coletas, no que diz respeito à redes e tecnologia da informação, através do desenvolvimento de novos sistemas.

23.5. América Latina

Após o final da Segunda Guerra Mundial, o Brasil foi um dos principais agentes na formação de um quadro institucional para o estabelecimento de uma zona de livre comércio na América Latina, atuando como um dos Membros fundadores da "ALALC" ("Associação Latino Americana de Livre Comércio"). Esta organização foi estabelecida pelo Tratado de Montevidéu, assinado pela Argentina, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, em 18 de fevereiro de 1960. Os principais objetivos da ALALC eram o estabelecimento gradual de um mercado comum na América Latina e a promoção de esforços pra a integração a nível regional.

Em 12 de agosto de 1980, em Montevidéu, aqueles mesmos Membros da ALALC instituíram a Associação Latino Americana de Integração, a "ALADI", uma organização regional que entraria em vigor em março de 1981. De acordo com o Art.1º do Tratado de 1980 (Decreto nº 87.054/82), as Partes Contratantes do ALADI ressaltaram que sua maior preocupação seria a de dar "prosseguimento ao processo de integração encaminhado a promover o desenvolvimento econômico-social, harmônico e equilibrado, da região". O Tratado de Montevidéu de 1980 estabelece importantes princípios relativos ao processo de integração: i) pluralismo; ii) convergência; iii) flexibilidade; iv) tratamento diferenciado; e v) multiplicidade. Esses princípios diferem significantemente dos contornos básicos do esquema de liberalização do comércio, estabelecido pelo Tratado de Montevidéu de 1980 o qual criou a ALALC.

De acordo com a tradição de livre comércio da região, apesar do escopo limitado dos antigos Tratados do ALALC e do ALADI, Brasil e Argentina, concluíram, posteriormente, importantes tratados bilaterais, especialmente destinados à criação de uma área de mercado comum bilateral: o Tratado de Integração, Cooperação de Desenvolvimento, assinado em Buenos Aires em 29 de novembro de 1988, vinte e quatro Protocolos, seguidos de outros acordos bilaterais sobre assuntos tópicos, entre os quais se destaca o Tratado para a Criação de um Estatuto das Empresas Binacionais Brasileiro–Argentinas, de 6 de junho de 1990.

Conforme descrito no item 23.6, esforços adicionais no contexto de processo de integração regional levaram à criação do MERCOSUL, em 1991, de acordo com os dispositivos do Tratado de Assunção, que foi assinado entre Argentina, Brasil, Uruguai e Paraguai em 26 de março de 1991 ("Tratado de Assunção").

O principal quadro normativo da ALADI prevê três mecanismos para o estabelecimento de zonas de comércio preferencial na região da América Latina, basicamente: (i) preferências tarifárias regionais que são concedidas a produtos de origem de um País Contratante da ALADI, em relação às tarifas aplicadas para a exportação a terceiros países; (ii) acordos de alcance parcial entre duas ou mais Partes Contratantes da ALADI (ver, por exemplo a Resolução nº 2 do Conselho de Ministros das Relações Exteriores, de 12 de agosto de 1980 sobre acordos de alcance parcial assinados em conformidade com os dispositivos do Tratado de Montevidéu que cria a ALADI).

Acordos regionais ou de alcance parcial são destinados para a desgravamento tarifário e promoção comercial, além de aspectos de novas políticas sobre a integração regional, tais como relativas a complementações econômicas; comércio agrícola; cooperação em questões financeiras, fiscais, tributos e de saúde; cooperação científica e tecnológica; proteção do meio ambiente; trânsito de produtos farmacêuticos; promoção do turismo; normas técnicas e outras áreas. No contexto da ALADI, o Brasil assinou também acordos multilaterais de natureza econômica com Argentina, Chile, México, Uruguai e Venezuela, em 1995, e bilateralmente, Acordos de Assistência Econômica Mútua com o Chile (1996, 2006), Bolívia (1997, 2005), México (2002) e um de Assistência Econômica Mútua com Alcance Limitado com o Suriname (2005). São os chamados "Acordos de Complementação Econômica" – ACE.

Especialmente em matéria de acordos de alcance parcial, as Partes Contratantes da ALADI podem negociar diversos assuntos relacionados ao processo de integração

regional, como (i) normas de condutas do comércio: subsídios e direitos compensatórios, práticas desleais do comércio internacional; licenças e procedimento de importação; e (ii) outras normas em matérias não-tarifárias: pagamentos; cooperação em assuntos financeiros; cooperação fiscal; cooperação sanitária relativa a animais e plantas; cooperação aduaneira; facilitação no transporte e compras governamentais.

Adicionalmente, no contexto da ALADI, as Partes Contratantes adotaram diversos sistemas preferenciais, compostos por listas de abertura do mercado e programas de cooperação, como nos setores de negócios, estratégias de investimento, apoio financeiro e tecnológico. As Partes Contratantes do ALADI também outorgaram tratamento preferencial a alguns países menos favorecidos da região (como Bolívia, Equador e Paraguai), por meio de medidas compensatórias, visando favorecer sua participação na integração regional.

Considerando que o Tratado de Montevidéu de 1980 é um "tratado quadro", o desenvolvimento institucional e normativo do processo de integração entre os países da América Latina é ainda complementado e moldado por outros acordos regionais multilaterais, tratados e organizações, como a Comunidade Andina, MERCOSUL, G-3, Acordo de Livre Comércio, UNASUL. Neste sentido, a ALADI estabeleceu um consenso quanto à flexibilidade e convergência de princípios orientadores dos processos de integração regional da América Latina, com a finalidade de aprofundar e ampliar uma área econômica comum. Esta iniciativa não foi esculpida por uma abordagem orientada pelo mercado, mas sim pelo desenvolvimento gradual e aberto do processo de integração.

23.6. MERCOSUL

O Tratado do MERCOSUL, celebrado em 26 de março de 1991 em Assunção, Paraguai, com o intuito de constituir um mercado comum entre o Brasil, a Argentina, o Uruguai, o Paraguai (os Estado Partes originários do MERCOSUL), prevê os seguintes objetivos:

(a) a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os Estados Partes, mediante eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias entre os países;

(b) o estabelecimento de uma tarifa externa comum, e a adoção de uma política comercial comum de relacionamento, no âmbito regional e internacional;

(c) a coordenação de políticas macroeconômicas setoriais, entre os Estados Partes, em relação a comércio exterior, agricultura, indústria, matéria fiscal, câmbio, capital, serviços, política aduaneira, transporte e comunicação, assim como qualquer outro item sobre o qual vierem a acordar;

(d) compromisso dos Estados Prtes de harmonizar suas legislações objetivando o processo de integração completo.

São Estados Associados ao MERCOSUL: o Chile e Bolívia (ambos em 1996), o Peru (2003), Venezuela, Colômbia e Equador (os últimos em 2004). Por meio da conclusão de Acordos de Complementação Econômica, pretende-se instituir uma zona de livre comércio entre o MERCOSUL e cada um desses países, aos quais seriam aplicadas condições tarifárias diferenciadas. Alguns deles, como Chile e Venezuela, negociam a adesão ao MERCOSUL como Estados Partes, o pode ocorrer em um futuro próximo.

Cinco Anexos integram o Tratado de Assunção, assinado em 1991, que institui o MERCOSUL: I) Programa de Liberalização Comercial; II) Regime Geral de Origem; III) Solução de Controvérsias; IV) Cláusulas de Salvaguardas e V) Subgrupos de Trabalho do Grupo Mercado Comum. A aplicação dos dispositivos previstos nos referidos Anexos é feita em conjunto com o artigo 3º do Tratado de Assunção. Neste sentido, é importante ressaltar que o Tratado de 1991 tornou-se ainda mais forte e amplo em razão da adoção de protocolos específicos relativamente às referidas matérias.

A estrutura institucional do MERCOSUL é baseada nas regras estipuladas no Tratado de Assunção, e no Protocolo de Ouro Preto de 1994 ("Protocolo Adicional ao Tratado de Assunção sobre as estruturas institucionais do MERCOSUL de 1994"), o qual enfatiza os objetivos e princípios da Organização, particularmente a implementação de uma União Aduaneira como uma das etapas para consolidação de um Mercado Comum.

De acordo com o Artigo 1º do Protocolo de Ouro Preto, os órgãos institucionais do MERCOSUL são os seguintes:

(a) *Conselho do Mercado Comum ("CMC")* – O CMC é composto pelos Ministros das Relações Exteriores e Economia (ou equivalente) dos Estados Partes do MER-

COSUL, sendo a mais alta entidade institucional prevista na estrutura da Organização, contando com poderes decisórios no tocante à fiscalização e implementação das disposições estabelecidas no Tratado de Assunção. O CMC é, ainda, a entidade que representa o MERCOSUL nas negociações e assinaturas de tratados e acordos com Estados não-partes ("países terceiros"), com instituições internacionais, e outras países em geral;

(b) *Grupo Mercado Comum ("GMC")* – O GMC é composto por quatro membros permanentes e quatro suplentes nomeados por cada um dos Estados componentes, representando as seguintes entidades ou órgãos estatais equivalentes: I) Ministério das Relações Exteriores; II) Ministério da Economia (ou equivalente); e pelo Banco Central. O GMC é o corpo executivo do MERCOSUL, encarregado de implementar as decisões a serem tomadas pelo CMC. As demais tarefas pelas quais o GCM fica incumbido são as seguintes: i) supervisionar as atividades da Comissão de Comércio do MERCOSUL ("CCM") e dos órgãos administrativos, ii) propor medidas objetivando a implementação de um programa de liberalização comercial, iii)coordenar uma política macroeconômica, iv) participar em negócios com agências internacionais e Estados não-partes com relação à assinatura de acordos e, se necessário, estar presente na solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL, e v) organizar e coordenar as atividades realizadas pelos Subgrupos de Trabalho;

(c) *Comissão de Comércio do MERCOSUL ("CCM")* – A CCM é composta por quatro membros permanentes e quatro suplentes, nomeados por cada um dos Estados Partes do MERCOSUL, e coordenado por cada um dos Ministros das Relações Exteriores desses países. È é responsável por assegurar o cumprimento dos mecanismos relacionados à implementação da política comercial comum. A CCM é também a entidade encarregada de falar em nome dos Estados Partes no tocante a qualquer questão levantada quanto à Tarifa Externa Comum e objeções suscitadas a esta pelo setor privado;

(d) *Comissão Parlamentar Conjunta ("CPC")* –Este órgão é composto por 64 (sessenta e quatro) membros permanentes e 64 (sessenta e quatro) membros suplentes. Cada um dos Estados Partes nomeia 16 (dezesseis) membros, os quais deverão ser integrantes de seus respectivos Congressos Nacionais. Neste sentido a CPC representa os corpos legislativos dos Estados membros do MERCOSUL. No âmbito da estrutura institucional do MERCOSUL, a CPC assume um papel consultivo e de tomada de decisões;

(e) *Secretaria Administrativa ("SAM")* e *Fórum Consultivo Econômico e Social ("FCES").* A SAM é encarregada das publicações do Boletim Oficial do MERCOSUL e de zelar pela guarda de documentos relevantes. Também é responsável em tornar públicas as atividades do GMC. O FCES, por sua vez, é a entidade que representa as áreas econômicas e sociais dos Estados Partes do MERCOSUL, sendo um órgão consultivo; e

(f) *Subgrupos de Trabalho ("SGT")* – Os Subgrupos de Trabalho são subordinados ao GMC. Sua tarefa é gerenciar estudos em matérias específicas de interesse do MERCOSUL e emitir decisões e resoluções que serão posteriormente supervisionadas e controladas pelo CMC. Atualmente, existem 15 (quinze) subgrupos de trabalho formados da seguinte maneira:

SGT Nº 1 – Comunicação;

SGT Nº 2 – Aspectos Institucionais;

SGT Nº 3 – Regulamentos Técnicos e Avaliação da Conformidade;

SGT Nº 4 – Assuntos financeiros;

SGT Nº 5 – Transporte;

SGT Nº 6 – Meio ambiente

SGT Nº 7 – Indústria;

SGT Nº 8 – Agricultura;

SGT Nº 9 – Energia;

SGT Nº10 – Relações de Trabalho, Emprego e Seguridade Social;

SGT Nº 11 – Saúde;

SGT Nº 12 – Investimentos;

SGT Nº 13 – Comércio Eletrônico;

SGT Nº 14 – Acompanhamento da Conjuntura Econômica e Comercial; e

SGT N° 15 – Mineração.

Por meio da Decisão CMC N° 23/05, o Conselho do Mercado Comum adotou o Protocolo Constitutivo do Parlamento do MERCOSUL ("Protocolo Constitutivo del Parlamento del MERCOSUR"). Com sede em Montevidéu, o Parlamento servirá como novo órgão da organização, visando representar os cidadãos da região de uma forma independente e autônoma. Portanto, o Parlamento não será um órgão representativo dos Estados Partes, mas sua atribuição principal é a de representar os próprios cidadãos do MERCOSUL. O primeiro estágio da implementação foi iniciado em 31 de dezembro de 2006; no seu segundo e último estágios, a partir de janeiro de 2014, o Parlamento do MERCOSUL será totalmente integrado por representantes eleitos pelo sufrágio universal, direto e secreto dos cidadãos, no mesmo dia, em todos os Estados Partes..

Reformas propostas envolvendo o MERCOSUL. A Decisão CMC nº 56/07 do Conselho do Mercado Comum estabeleceu a principal orientação para uma reforma institucional da Organização: i) a reestruturação dos órgãos decisórios do MERCOSUL e de seus órgãos afiliados, incluindo as suas competências; ii) reforço no sistema de solução de controvércias do MERCOSUL, bem como o fortalecimento de seus órgãos institucionais; iii) a melhoria dos mecanismos relacionados à transposição, entrada em vigor e aplicação das normas do MERCOSUL e seus regulamentos ("normativas do MERCOSUL"); iv) estabelecimento de uma estrutura orçamentária capaz de englobar tanto os pedidos feitos pela Secretaria do MERCOSUL e pela Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão – TPR.

Adicionalmente, por meio da Resolução GMC nº 06/10, o Grupo Mercado Comum aprovou a criação da Reunião de Alto Nível para a Análise Institucional do MERCOSUL (RANAIM – "Reunión de Alto Nivel para el Análisis del Institucional del MERCOSUR"). Os objetivos de referida Reunião concentram-se na análise dos principais aspectos institucionais relativos ao MERCOSUL, e formulação de políticas propostas orientadas que favoreçam a melhoria do processo de integração e fortalecimento das instituições do bloco.

Comércio e tarifas no MERCOSUL. Desde 1º de janeiro de 1995, não existem mais barreiras tarifárias entre os Estados Partes do MERCOSUL. A grande maioria dos produtos comercializados entre os quatro países – há algumas exceções – não sofre a incidência de tributos alfandegários. Além disto, uma União Aduaneira foi estabelecida para vigir a partir de 1º de janeiro de 1995. Com esse propósito, foi criado como um instrumento para tornar os Estados Partes mais competitivos no mercado internacional, a Tarifa Externa Comum (TEC).

Os pedidos de modificação das alíquotas das TECs vigentes são apreciados pelo Comitê Técnico Nº 1 da Comissão de Comércio do MERCOSUL (CCM), ocorrendo, portanto uma análise técnica, e, após realizadas as consultas públicas internas, são apresentados à análise do CCM e aprovados por Resoluções do Grupo Mercado Comum. No contexto regulatório brasileiro, a análise desses pedidos é realizada pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), órgão do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MIDIC). A CAMEX é órgão interno, no Brasil, com competências para incorporar as alterações relativas à TEC, aprovadas pelo CMC, ao ordenamento jurídico interno, mediante publicação de resoluções específicas.

Assim como ocorre no contexto do mercado comum da União Europeia, a TEC deverá ser um dos alicerces do processo de integração do MERCOSUL. Esta tarifa cobrirá a maioria dos produtos importados de países não-partes para o bloco, com exceção daqueles produtos considerados "sensíveis" em seus respectivos países. No caso do Brasil, por exemplo, bens sensíveis estão relacionados a bens de capital, informática e telecomunicações.

Com o intuito de evitar desvios no fluxo do comércio intra-bloco, os Estados Partes do MERCOSUL estabeleceram uma tarifa externa comum a qual deveria variar de 0% a 20%, baseada em 11 níveis de alíquotas, aumentando de dois em dois. Conforme Decisão do Conselho do Mercado Comum ("CMC") n° 22/94, uma TEC de 14% (quatorze por cento) foi implementada para *bens de capital*, aplicável com referência ao Brasil e Argentina a partir de 1° de janeiro de 2001. Em 2010, em virtude da Decisão GMC Nº 60 do Grupo Mercado Comum, membros do Grupo para Integração Produtiva tiveram seus status atualizados perante o MERCOSUL e se tornaram integrantes do Grupo Mercado Comum. Esta decisão afetou, inclusive, a condição para implementação das resoluções concernentes à TEC pelo Paraguai e Uruguai. Subsequentemente, de acordo com as Decisões GMC Nº 28/09 e Nº

61/10, Uruguai e Paraguai, respectivamente, concordaram em aplicar definitivamente a TEC, a partir de dezembro de 2011.

Não obstante, nos termos da Decisão CMC N° 34/2003, o Conselho do Mercado Comum introduziu o "Regime Comum de Importação de Bens de Capital não produzidos no MERCOSUL". A importação de tais bens tem por objetivo a modernização do setor produtivo dos Estados Partes e o incentivo aos investimentos na região. Assim, foram criadas duas listas de produtos: Lista Comum do Regime, temporariamente com alíquota de 0% (zero por cento) e Listas Nacionais, temporariamente com alíquota de 2% (dois por cento), para produtos não aceitos na Lista Comum.

Os bens incluídos nas referidas listas permanecerão sob o amparo da importação com alíquotas diferenciadas por no mínimo 21 (vinte e um) e, no máximo, 27 (vinte e sete) meses, contados de sua inclusão na Lista, prorrogáveis por igual período, mediante solicitação de um partido ao CMC. Na Decisão CMC N° 40/2005, o Conselho do Mercado Comum prorrogou o prazo inicial de entrada em vigor deste Regime de 1° de janeiro de 2006 para 1° de janeiro de 2011. Até lá, os Estados Partes poderão manter seus regimes nacionais de importação de bens de capitais novos.

Os Estados Partes do MERCOSUL aguardam semelhante regulamentação para a modificação da TEC para bens de capital produzidos na região, as quais deveriam ter sido apresentadas pelos Estados Partes à Comissão de Comércio até 30 de junho de 2001. Após diversas prorrogações, a Decisão CMC N° 40/2005 fixou o dia 31 de dezembro de 2006 como prazo para que o Grupo de Alto Nível para examinar a consistência e dispersão da Tarifa Externa Comum, então constituído, apresente tal proposta de modificação da TEC para bens de capital.

Com relação aos *bens de informática e telecomunicações*, Decisão CMC N° 07/1994 estabelece a convergência das tarifas para 1º de janeiro de 2006. Foi fixada uma tarifa máxima comum de 16% (dezesseis por cento), vigente a partir daquela data. A Decisão CMC N° 33/03, dispõe, entretanto, que a Comissão de Comércio deverá negociar um Regime Comum de Bens de Informática e Telecomunicações, o qual deveria ser aprovado pelo Conselho do Mercado Comum até 31 de dezembro de 2005. Recentemente, a Decisão CMC N° 39/2005 não apenas prorrogou este prazo até 31 de dezembro de 2006, como acordou instituir um Grupo de Alto Nível para Examinar a Consistência e Dispersão da Tarifa Externa

Comum. Este Grupo de Alto Nível foi também solicitado para elaborar, até 30 de junho de 2006, proposta para revisão da TEC para bens de informática e telecomunicações, a ser aplicada em 1° de janeiro de 2009. As mudanças pretendidas deveriam ser colocadas em prática seguindo um cronograma de convergência vigente a partir de 1° de janeiro de 2007. Durante esse estágio poderão os Estados Partes aplicar uma alíquota distinta da TEC em vigor – inclusive de 0% (zero por cento), quando o caso – mediante a realização de consultas entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

No entanto, com a criação do Grupo Ad Hoc, para os setores de Bens de Capital e Bens de Informática e Telecomunicações (GAH BK/BIT), pela Decisão CMC nº 58/08, essas obrigações foram admitidas. Como consequência, as Partes deverão propor, até 31 de dezembro de 2015, um Sistema Comum para Bens de Tecnologia da Informação e Telecomunicações não produzidos no MERCOSUL. Portanto, foram estabelecidos novos prazos para a aplicação de alíquotas nacionais sobre as importações de bens relacionados à Tecnologia da Informação. Conforme definido pela Decisão CMC n º 57/10, Brasil e Argentina podem aplicar tarifas distintas, incluindo 0%, até 31 de dezembro de 2015. Uruguai e Paraguai poderão aplicar de 0%, bem como, para os bens de TI provenientes de países terceiros, portanto não Partes do MERCOSUL, e 2% para os demais casos, até 31 de dezembro de 2018 e 31 de dezembro de 2019, respectivamente.

Os Estados Partes do MERCOSUL também se comprometeram, nos termos das Decisões do CMC N° 69/2000 e N° 33/2005, a eliminar completamente, até 31 de dezembro de 2007, os regimes aduaneiros especiais de importação adotados unilateralmente. Tal obrigação não inclui as Áreas Aduaneiras Especiais, mas tão-somente os regimes e benefícios que impliquem a isenção parcial ou total dos direitos aduaneiros que onerem a importação temporária ou definitiva de mercadorias e que não tenham como objetivo o aperfeiçoamento e posterior exportação das mercadorias resultantes para terceiros países. Os produtos elaborados utilizando tais mecanismos serão beneficiados por regime de livre comércio no contexto do MERCOSUL até 31 de dezembro de 2007, desde que cumpram normativas do Regime de Origem do MERCOSUL. Igualmente, o CMC estabeleceu outras isenções no que se refere a bens destinados a atividades específicas de execução, coordenação ou fomento de pesquisas científicas ou tecnológicas e sejam reconhecidas como tais pelas Autoridades Competentes de cada Estado Parte, sem que sejam sequer sujeitas à TEC, nos termos da Decisão nº 36/2003.

A Decisão CMC 68/00, por sua vez, prevê que os Estados Partes do MERCOSUL poderiam estabelecer e manter uma lista de 100 (cem) itens do Regime Jurídico Comum da NCM como exceções à TEC, até 31 de dezembro de 2002. Os Estados Partes podem modificar até 20% (vinte por cento) dos produtos nesta lista de exceção a cada seis meses, desde que devidamente autorizado com antecedência pelo GMC. De acordo com a decisão mais recente sobre as matérias, a Decisão CMC nº 58/2010, até 31 de dezembro de 2011, Brasil e Argentina podem manter a lista de 100 (cem) itens como exceções à TEC; Uruguai, uma lista de 225 (duzentos e vinte e cinco); e Paraguai, uma lista de 149 (cento e quarenta e nove).

Recentemente, o MERCOSUL aprovou a Decisão n.º 56/2010, pela qual os Estados Partes aprovaram o Programa de União Aduaneira. Até o presente, trata-se do mais importante projeto de coordenação macroeconômica dentro do bloco, e que inclui, por exemplo, Política Automotiva Comum, Incentivos Econômicos ao Comércio, Estratégia de Defesa Comum; Integração na Produção e Simplificação e Harmonização dos Procedimentos Aduaneiros intrazona.

O Conselho do Mercado Comum aprovou e regulamentou recentemente a eliminação da dupla cobrança e distribuição da renda aduaneira (Decisões CMC nº 54/2004 e nº 37/2005). Assim, os bens importados de terceiros países que ingressem no território de algum dos Estados Partes a partir de 1° de janeiro de 2006 receberão tratamento de originários tanto no que respeita a sua circulação dentro das fronteiras do MERCOSUL, quanto a sua incorporação em processos produtivos, desde que a eles se aplique (i) uma TEC de 0% (zero por cento) ou (ii) uma preferência tarifária de 100% (cem por cento), quadripartite e simultaneamente, e estejam sujeitos ao mesmo requisito de origem, no âmbito de cada um dos acordos subscritos pelo MERCOSUL, sem quotas nem requisitos de origem temporários, quando os mesmos sejam originários e procedentes do país ou grupos de países a que se outorga essa preferência. Uma lista dos referidos produtos encontra-se nos Anexos I e II da referida Decisão CMC e será atualizada periodicamente pelo Conselho do Mercado Comum. A eliminação da múltipla cobrança da TEC constitui a solução de um dos principais problemas apontados ao regime aduaneiro instituído pelo Bloco.

A decisão mais recente sobre estas questões é a Decisão CMC nº 10/10. De acordo com esta, a dupla cobrança e a distribuição dos ganhos aduaneiros serão concluídos em 31 de dezembro de 2016, após 3 (três) períodos de incorporação de mudan-

ças. Este processo, como já observado, é caracterizado pela eliminação gradual da tarifa interna e as restrições regulamentares.

Como é possível observar, o estágio avançado dos mecanismos de consolidação do MERCOSUL demonstra que o processo de integração da América Latina, pelo menos com relação ao Cone Sul, não é mais mera teoria, mas sim importante passo visando maior integração e cooperação. Após seus 20 anos de existência, o MERCOSUL provou que os Estados Partes e Estados Associados alcançaram resultados positivos e concretos.

CONTENCIOSO CIVIL E COMERCIAL

24.1. A jurisdição no contencioso civil e comercial

O Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que revogou expressamente o Código Civil anterior de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916) e, a Primeira Parte do Código Comercial (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), configura-se a base mais relevante para as decisões judiciais envolvendo assuntos de natureza civil e comercial. O Código Comercial, atualmente, apenas regra as relações envolvendo o comércio marítimo.

O contencioso civil e comercial é decidido pelas varas estaduais que têm jurisdição geral e que consistem de um juiz singular, podendo as suas decisões serem revistas, a pedido da parte derrotada no processo, por um Tribunal Estadual. A Constituição brasileira não prevê julgamento por júri em casos comerciais e civis.

As regras processuais estão expressas em um Código de Processo Civil, que também é uma lei federal. Em função do sistema fe-

derativo, a organização judiciária e as regras específicas sobre a competência são estabelecidas pela legislação estadual. Em geral, as varas estaduais não são especializadas e têm jurisdição quanto a casos civis, comerciais, criminais e de família.

A regra geral relativa à competência para a distribuição de uma ação é de que seja proposta no domicílio do réu. Esta regra se aplica para pessoas físicas e jurídicas. O consentimento das partes e a eleição de um foro diferente, tal como estabelecido em um contrato, são também aceitos para fixar a competência, desde que não haja regra específica para a sua determinação ou não seja reconhecida a sua abusividade. O processo judicial em matéria civil e comercial não é sigiloso, sendo público o acesso, exceto quando envolver assuntos de família.

24.2. Custos do processo

As partes litigantes devem pagar as custas pelo processo judicial, que variam de Estado para Estado. A regra geral é que as custas iniciais são pagas pelo autor, normalmente calculadas como um percentual do valor discutido, sendo outros pagamentos feitos no caso de recursos, pela parte recorrente.

Honorários advocatícios pelos serviços prestados são usualmente estabelecidos tendo por base uma percentagem do valor discutido ou a ser cobrado. Esta percentagem resulta de um acordo entre o advogado e seu cliente, sendo calculado tomando em consideração vários fatores, tais como o valor a ser pleiteado em juízo, a complexidade do trabalho a ser executado, prazo de tramitação do processo, a capacidade do cliente em pagar e a competência e renome do advogado. Na maior parte das vezes um valor inicial é pago pelo cliente, sendo descontado do pagamento final, no caso de sucesso.

Adicionalmente, o Código de Processo Civil estipula que todas as despesas incorridas pela parte vencedora sejam pagas pela parte vencida, que se chama sucumbência. Esta inclui o reembolso da taxa judiciária, despesas gerais do processo, e os honorários pagos a peritos, assistentes técnicos, assim como o pagamento de honorários advocatícios. Estes são arbitrados pelo juiz, de acordo com as regras processuais e são devidos ao advogado, não se confundindo com os honorários pactuados diretamente com o cliente.

24.3. PROCEDIMENTOS INICIAIS

Existem várias formas procedimentais. Este trabalho vai abordar somente o processo ordinário, que é o mais comum em casos envolvendo contratos ou responsabilidade civil em que se discutam valores superiores a 60 (sessenta) salários mínimos e desde que não haja previsão processual própria, pertinente ao rito sumário e ao especial.

Uma ação civil ou comercial começa mediante a distribuição pelo advogado do autor de uma petição inicial perante o órgão judiciário que tenha competência sobre o caso, conforme ditames da lei de organização judiciária estadual. O próximo passo processual após a distribuição da ação é a citação do réu. Esta deve ser efetuada, em regra, pelo correio, ou por um oficial de justiça. Em ambas as hipóteses, deve ocorrer a entrega de uma cópia da petição inicial ao réu para que possa responder à ação em um curto período (geralmente 15 dias). Quando desconhecido ou incerto o réu, bem como quando ignorado ou inacessível o local em que se encontre, a legislação processual permite ainda a sua citação por edital, ou seja, mediante a publicação em jornais.

O réu deve procurar um advogado para defendê-lo. Este, por sua vez, submete ao juízo uma defesa às alegações e pedido do autor. Esta petição deve confirmar ou negar os fatos e pode ainda dar-lhes uma interpretação diferente, bem como também discutir a base legal do pedido do autor. O autor, por sua vez, deve apresentar outra petição, chamada réplica, expressando sua resposta aos pontos de direito e de fato levantados pelo réu. O juiz então deve solicitar às partes que se manifestem quanto às provas que pretendem produzir em juízo. Em seguida, se o direito em litígio admitir transação, o magistrado designará audiência preliminar que tem por objeto a conciliação das partes litigantes.

No evento de a conciliação não ser frutífera e a ação tiver condições de prosseguir, o juiz deverá sanear o processo, que é um julgamento preliminar sobre todas as questões formais e procedimentais levantadas pelas partes, exceto o mérito do caso. O juiz pode, neste ponto, por exemplo, julgar o autor carecedor da ação se entender que ausente qualquer das condições da ação, a saber: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido. Estando o processo em condições regulares, compete ao juiz também decidir quanto às provas que serão admitidas e produzidas pelas partes.

24.4. Provas

Como se verá, todo o processo, mais especialmente a coleta de provas, é inteiramente conduzido pelo juiz. Em princípio, as provas documentais devem ser apresentadas em juízo junto com a petição inicial. O réu também deve apresentar sua prova documental junto com a contestação. Como regra geral, todavia, outros documentos relativos ao caso, que venham a se tornar relevantes durante o desenvolvimento da instrução, podem ser apresentados pelas partes a qualquer momento, desde que seja dado à parte contrária o direito de manifestação sobre eles.

A prova não documental que deve ser produzida em seguida é o laudo ou laudos de peritos, tais como aqueles preparados por contadores, engenheiros, médicos, avaliadores ou outros profissionais especializados. O juiz deve nomear o perito judicial e as partes formulam quesitos, perguntas por escrito, que devem ser respondidos também por escrito. As partes também têm o direito de nomear peritos assistentes de sua escolha para responder aos quesitos e formular críticas ao laudo do perito judicial.

O próximo passo é a audiência de instrução e julgamento, que terá lugar na data determinada pelo juiz encarregado do caso, depois de as partes terem tido a oportunidade de discutir extensivamente a prova documental e de examinar o laudo do perito judicial.

As partes submetem previamente ao juiz um rol de testemunhas que desejam que sejam interrogadas. Na audiência, o juiz fará em primeiro lugar o interrogatório das testemunhas e após dará aos advogados das partes o direito de formular perguntas. Tal interrogatório não será feito diretamente à testemunha mas ao juiz, que poderá repetir, reformular ou recusar tais questões colocadas pelos advogados. Outra característica importante é que ambas as partes podem prestar depoimento mas, em tal caso, a parte não é considerada uma testemunha. Só as testemunhas estão sob juramento. A audiência é transcrita à forma escrita.

A decisão do caso pode ocorrer imediatamente, se não houver após a audiência apresentação de razões finais pelas partes, comentando quanto à audiência e toda prova produzida. O juiz então deve reexaminar todo o processo e julgá-lo.

Como se pode ver, no sistema brasileiro, para o processo ordinário, não existe um "trial" no sentido de um evento ininterrupto no qual toda a prova é produzi-

da. De fato, a prova vai sendo produzida passo a passo, sendo progressivamente incorporada aos autos do processo e a sua condução está focada na formação da convicção do juiz.

24.5. A decisão

A decisão do juiz deve ser por escrito, contendo uma breve descrição das partes, resumo do pedido inicial e da resposta do réu, bem como o registro dos principais fatos havidos na fase de instrução; sua opinião quanto às questões de fato e de direito envolvidas e o seu julgamento. A sentença pode determinar à parte o direito a uma indenização, pode ordenar a uma parte praticar um ato ou mesmo declarar a exata interpretação de uma cláusula contratual.

24.6. Medidas urgentes

Na própria petição inicial, em caráter excepcional, pode o autor pleitear ao Magistrado a antecipação dos efeitos da sentença. Para tanto, deverá oferecer ao Juiz elementos de prova suficientes a comprovar a verossimilhança do quanto alegado, bem como justificar o receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

A antecipação dos efeitos da tutela também pode ser concedida no curso do processo, a partir de quando um ou mais pedidos mostrarem-se incontroversos.

No sistema processual brasileiro há ainda o procedimento de natureza cautelar que pode ser ajuizado antes do processo principal, como medida preparatória ou de forma incidental. Em ambos os casos, visa-se tutelar, de forma urgente, eventual direito da parte passível de perecimento. No processo cautelar, o Magistrado pode conceder medida liminar uma vez presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

24.7. Recursos

O sistema brasileiro permite muitos recursos tanto das decisões finais quanto daquelas interlocutórias, estas últimas aquelas que não encerram o caso.

Recentemente, uma reforma processual restringiu a possibilidade de recursos contra decisões interlocutórias., Agora, sempre que houver uma decisão interlocutória

suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, a parte poderá recorrer, objetivando a sua revisão pelo tribunal. Não preenchidos tais requisitos, a parte também poderá recorrer. No entanto, nesses casos (que são raros), o recurso não será encaminhando de imediato ao tribunal, mas ficará retido aos autos e será analisado somente quando do julgamento de eventual recurso de apelação.

Em regra, o recurso não suspende o processo. O mesmo advogado pode prosseguir com o caso nas instâncias superiores. Os recursos são julgados por uma câmara do tribunal estadual que é composta de um juiz relator e um número par de outros juizes. A câmara pode rever a decisão em relação à sua interpretação dos fatos e do direito.

Da decisão do tribunal estadual que julgar os recursos interpostos cabe ainda recurso aos tribunais federais superiores, que são o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Se a parte alegar violação de tratado ou lei federal ou uma interpretação diferente de lei federal por outro tribunal estadual pode interpor recurso ao Superior Tribunal de Justiça. Se alegar violação da constituição federal pode interpor recurso ao Supremo Tribunal Federal. Ambos os recursos podem ser interpostos ao mesmo tempo, mas sua admissão é muito restritiva.

Neste ponto não é admitida a discussão dos fatos mas só das questões de direito pelos tribunais superiores federais. Estes também se organizam em Turmas. O recurso aos tribunais superiores federais não suspende o processo e a parte pode iniciar a execução do julgado.

24.8. Execução do julgado

Quando a parte vencedora obtém uma decisão final terá o direito de iniciar a execução do julgado para fazer valer o julgamento a seu favor. A execução deve se iniciar mediante a apresentação de uma simples petição nos mesmos autos da ação que decidiu o mérito do caso.

Há poucos anos, foi aprovada uma alteração no Código de Processo Civil visando dar mais celeridade à execução do julgado.

O autor deve declinar o valor que entende lhe ser devido mas, em muitos casos, o julgamento apenas declarou que uma indenização deve ser paga e em que base esta

deve ser calculada, e, portanto, o valor desta indenização deve ser determinado mediante uma discussão das partes quanto à base do cálculo da indenização. A parte executada será então intimada, na pessoa de seu advogado para pagamento. Neste momento, caso deseje discutir o valor pleiteado pelo autor, o réu pode apresentar as objeções que entender necessária, mas deve de qualquer modo depositar em juízo tal valor ou apresentar bens a serem penhorados para garantia da execução do julgado.

Tratando-se de sentença que determina a entrega de coisa certa ou incerta, o juiz determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. Caso refira-se à obrigação de fazer ou não fazer, o juiz fixará um prazo para que o vencido cumpra a sentença. Em ambos os casos não cabe qualquer impugnação, sendo que o devedor somente poderá se defender incidentalmente.

Sendo a execução por quantia certa, contra devedor solvente, caso este não pague o débito, e nem recorra dentro do prazo de 15 (quinze) dias, contados da sua intimação na pessoa de seu advogado, a condenação será majorada em 10% (dez por cento). Nesse caso, será dada oportunidade ao credor para que indique bens de propriedade do devedor que deseja penhorar.

Realizados os autos de penhora e de avaliação, o devedor será intimado, mais uma vez na pessoa de seu advogado, para, querendo, apresentar impugnação.

Esta impugnação não interrompe o processo executivo, a não ser que o juiz, fundado em seu convencimento, assim o determine. Ainda que seja conferido efeito suspensivo à impugnação, a execução poderá prosseguir provisoriamente, mediante a prestação de caução pelo credor.

Se, ao final, o réu não puder ou não se dispuser a pagar o valor ou praticar o ato determinado pelo juízo, os bens penhorados devem ser avaliados judicialmente e vendidos através de alienação promovida pelo próprio credor ou em leilão publico, sendo o produto da venda usado para pagar a parte vencedora.

O ordenamento jurídico brasileiro não prevê penalidades criminais aos devedores por dívidas civis, sendo que a Constituição Federal coloca em patamar superior o direito à liberdade. As únicas hipóteses de prisão civil restringem-se a do devedor por alimentos.

24.9. Processo de cobrança

A cobrança de títulos executivos extrajudiciais, ou seja, letras de câmbio, notas promissórias, duplicatas, debêntures, cheques, contratos e outros assim definidos por lei, é realizada através da ação de execução contra devedor solvente.

O procedimento tem por objeto expropriar bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor, devendo aquele, uma vez iniciado o processo, depositar em juízo o valor pleiteado ou apresentar bens a serem penhorados para poder discutir a cobrança do débito.

Todavia, quando a parte é titular de documento ou título sem força executiva e visa pagamento em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, poderá utilizar-se, também, da ação monitória que representa procedimento judicial célere para obtenção de título executivo em via judicial.

O “Dumping” no Brasil

Capítulo 25

25.1. Introdução

Com o processo de globalização, a utilização das regulamentações “antidumping” tem se intensificado ao longo destes últimos anos, sendo este instituto frequentemente utilizado pelas diversas empresas nacionais como forma de defesa de seu mercado doméstico. Apesar do forte teor econômico que acompanha a matéria, pretendemos aqui abordar, apenas, os aspectos jurídicos do “dumping” e da legislação “antidumping” adotada no Brasil (Lei n° 9.019 e Decreto n° 1.602, de 23 de agosto de 1995), com base no Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (“GATT”).

Desta forma, iniciaremos com o conceito jurídico de “dumping”, bem como seus elementos fundamentais. Neste aspecto, é importante ressaltar que as normas “antidumping” podem ser utilizadas por empresas para neutralizar ou até mesmo prevenir os efeitos do “dumping”, atentando-se para o fato de que os direitos aplicados nunca poderão exceder a margem de “dumping” calculada.

Devido ao fato de o “dumping” ser, normalmente, confundido com outras medidas de defesa comercial, tais como subsídios e medidas compensatórias, colocaremos aqui, de forma breve, parâmetros que permitam diferencia-lo de outras medidas.

Abordaremos, ainda, a descrição do processo “antidumping” e suas possibilidades de encerramento ou suspensão, incluindo as possibilidade de encerramento do processo por iniciativa das empresas peticionárias, por requisição do governo em caso de interesse nacional, ou por celebração de compromisso de preços por parte da empresa acusada de prática de “dumping”.

25.2. Conceito e Elementos Fundamentais do “Dumping”

Juridicamente, o “dumping” ocorre com a exportação de produto a preço inferior àquele que a empresa exportadora pratica para produto similar nas vendas em seu mercado interno. Contudo, apesar de a diferenciação de preços ser por si considerada prática desleal de comércio, para que esta diferença de preço seja condenável é necessário que cause dano ou ameaça de dano à indústria nacional.

Desta forma, como elementos fundamentais do “dumping” temos:

(a) preço de exportação inferior àquele praticado no mercado interno. É inerente ao próprio conceito de “dumping” a prática de exportação a valor inferior ao praticado no mercado interno pela própria empresa exportadora, sendo este elemento suficiente para caracterizar o “dumping” mas não para torná-lo condenável. Para análise dos referidos preços e para fins de comparação entre ambos para cálculo da margem de “dumping” são considerados, em princípio, os preço “ex fábrica”, ou seja, sem impostos, e à vista.

Com a comparação destes preços determina-se a margem de “dumping”, que consiste na diferença entre o preço praticado no mercado exportador e o preço de exportação, determinada através de uma comparação justa, ou seja, devem ser eliminadas diferenças nas condições de comercialização por meio de ajustes.

(b) produto similar. A definição dada pela legislação para produto similar é um tanto quanto subjetiva, não fornecendo características claras para uma análise acurada deste item. Assim sendo, produto similar é definido pela legislação como “produto idêntico, igual sob todos os aspectos ao produto que se

está examinando, ou, na ausência de tal produto, outro produto que, embora não exatamente igual sob todos os aspectos, apresente características muito próximas às do produto que se está considerando". O trecho transcrito da legislação brasileira denota que o conceito de produto similar é bastante amplo, permitindo grande mobilidade nesta esfera às autoridades encarregadas de eventual investigação de prática de "dumping".

(c) dano à indústria nacional. Conforme a legislação, considera-se dano tanto o dano material quanto a ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou mesmo o retardamento em sua implantação. A legislação brasileira, coloca alguns parâmetros tangíveis para esta determinação de ocorrência de dano, tais como: (i) volume das importações objeto de "dumping"; (ii) efeitos das referidas importações sobre os preços de produto similar no Brasil e (iii) consequente impacto de tais importações na indústria doméstica. A referida determinação inclui, ainda, análise objetiva dos seguintes valores: (i) volume das importações objeto de "dumping"; (ii) participação das importações objetos de "dumping" no total importado e consumo aparente; (iii) preço. Neste mesmo aspecto, para que seja configurada a ameaça de dano, serão considerados: (i) significativa taxa de crescimento das importações do produto; (ii) suficiente capacidade ociosa ou iminente aumento substancial na capacidade produtiva do produtor estrangeiro; (iii) importações realizadas a preços que provoquem redução nos preços domésticos ou impeçam aumento dos mesmos; (iv) estoques.

(d) nexo causal entre o dano e a prática de "dumping". Na investigação de prática de "dumping" procura-se verificar se e em que medida as importações objeto de "dumping" são responsáveis pelo dano causado à indústria doméstica, avaliando-se, inclusive, outros fatores conhecidos que possam estar causando dano ocorridos no mesmo período.

Cabe aqui efetuarmos a distinção do "dumping" com outros mecanismos de defesa comercial, principalmente as medidas de salvaguarda e os subsídios.

As chamadas medidas de salvaguardas, tratadas no Artigo XIX do GATT, são medidas de emergência adotadas para proteger a indústria nacional, a fim de evitar dano decorrente do aumento de importações. Diferentemente do "dumping" as medidas de salvaguarda visam proteger a indústria nacional independentemente da ocorrência de práticas desleais de comércio e são, normalmente, utilizadas quando há

falta de condições da indústria nacional de concorrer contra os produtos estrangeiros. Note-se que a aplicação destas medidas está condicionada à concessões, por parte do Estado que as aplica, ao Estados que as sofrem.

Adicionalmente, cabe ressaltar que, distanciando-se do instituto do "dumping" as medidas de salvaguarda não tem caráter seletivo, ou seja, atingem a todas as importações de determinado produto efetuadas pelo Estado reclamante.

Já os subsídios consistem em vantagens, concedidas por um Estado, em benefício de determinadas empresas ou setores e que acabam por reduzir artificialmente custos de produção.

Outros equívocos normalmente cometidos são a confusão entre "dumping" e "underselling" e preço predatório. Contudo, estas figuras diferenciam-se na medida em que o "underselling" conceitua-se como a venda abaixo do preço de custo, o que não é característica do "dumping", que requer, apenas, que o preço praticado nas exportações seja inferior ao preço praticado no mercado interno do país de origem, independentemente de ser superior ou inferior ao preço de custo. Por outro lado, preço predatório consiste na venda de produtos a baixo preço visando a eliminação de concorrentes, intenção que também não é exigida no "dumping". Outrossim, diferença básica entre o "dumping" e estas duas figuras é que estas devem ser protegidas por leis nacionais de defesa da concorrência, enquanto o "dumping" caracteriza-se por ser questão de comércio exterior.

25.3. Processo de Investigação de "Dumping" no Brasil

O processo de investigação de "dumping" no Brasil se inicia com a apresentação de petição, por escrito, pelos produtores nacionais ou entidade de classe, requerendo o início de investigação de prática de "dumping" atribuída a determinada empresa ou empresas em suas exportações ao Brasil.

Note-se que a petição deverá, necessariamente, apresentar elementos de prova de "dumping", dano e nexo causal entre ambos, caso estes elementos não estejam caracterizados proceder-se-á ao arquivamento da petição.

Para ser habilitada, a petição deverá, ainda, estar devidamente instruída, contendo: (i) qualificação do peticionário, indicação do volume e do valor da produção da

indústria doméstica que lhe corresponda; (ii) estimativa do volume e do valor da produção nacional do produto similar; (iii) lista dos produtores domésticos conhecidos do produto similar, que não estejam representados na petição e, na medida do possível, indicação do volume e do valor da respectiva produção, bem como sua manifestação de apoio à petição; (iv) descrição completa do produto alegadamente importado a preços de "dumping", nome do respectivo país ou dos países de origem e de exportação, identificação de cada exportador ou produtor estrangeiro conhecidos e lista dos importadores do produto; (v) descrição completa do produto fabricado pela indústria doméstica; (vi) informação sobre o preço de venda no país exportador (preço normal); (vii) informação sobre o preço de exportação representativo ou, não sendo este disponível, sobre preço representativo pelo qual o produto é vendido, pela primeira vez, a um comprador independente situado em território brasileiro; (viii) informação sobre a evolução do volume das importações, alegadamente objeto de "dumping", os efeitos de tais importações sobre os preços do produto similar no mercado doméstico e consequente impacto das importações sobre a indústria doméstica.

Uma vez habilitada a petição será efetuada análise do mérito dando-se início à abertura das investigações.

Ressalte-se que, a petição será indeferida e o processo arquivado quando: (i) não houver elementos de prova suficientes da existência do "dumping" ou de dano por ele causado, que justifiquem a abertura da investigação; (ii) a petição não tiver sido feita pela indústria doméstica[1] ou em seu nome; ou (iii) os produtores domésticos, que expressamente apoiam a petição, reunam menos de 25% da produção doméstica total do produto similar.

A investigação deverá ser concluída no período de um ano após sua abertura, podendo este prazo ser prorrogado por mais seis meses em circunstâncias excepcionais. Note-se que o período objeto de "dumping" deverá compreender os doze meses mais próximos possíveis anteriores à data da abertura da investigação, podendo, em circunstâncias excepcionais, ser inferior a doze meses, mas nunca inferior a seis meses. Já o período objeto da investigação da existência de dano, por sua vez, deve-

1 Será considerada feita pela indústria doméstica ou em seu nome a petição que for apoiada por produtores cuja produção conjunta represente mais de 50% da produção doméstica do produto similar. Note-se portanto, que estes elementos são essenciais para que se instaure a abertura da investigação.

rá ser suficientemente representativo a fim de permitir a análise, não será inferior a três anos e incluirá, necessariamente, o período de investigação de "dumping".

Durante a fase de instrução do processo, as partes interessadas[2] terão ampla oportunidade de apresentar, por escrito, os elementos de prova que considerem pertinentes com respeito à investigação. Para tal fim poderão ser solicitadas ou aceitas por escrito informações adicionais ou complementares, podendo, inclusive, ser pedidas audiências. Note-se, contudo, que o comparecimento a referidas audiências não tem caráter obrigatório.

Caso as informações requeridas não sejam apresentadas às autoridades brasileiras por qualquer das partes envolvidas, o parecer preliminar ou final poderá ser elaborado com base na melhor informação disponível, ou seja, nos dados obtidos. Outrossim, pode ser solicitado o tratamento de confidencialidade às informações fornecidas consideradas pelas partes como sigilosas, desde que fundamentada tal requisição, constituindo tais informações em um processo separado.

Como peça principal da investigação de "dumping", as partes interessadas receberão questionários destinados à investigação e disporão de 40 dias (prorrogáveis por mais 30 dias) para restitui-los. Adicionalmente à resposta aos questionários é recomendável seja apresentada uma petição de defesa contestando a petição inicial e o Parecer emitido pelo Departamento de Defesa Comercial (DECOM) informando o início da investigação.

Antes de terminado o processo, mas após decorridos sessenta dias do início das investigações, as autoridades nacionais poderão aplicar medidas provisórias contra as importações investigadas desde que todas as partes tenham se manifestado, seja atingida uma determinação preliminar positiva de existência de "dumping" e dano à indústria doméstica e as autoridades decidam que tais medidas são necessárias para impedir que ocorra dano durante a investigação.

Após a publicação de determinação preliminar de dano e "dumping" pelas autoridades brasileiras, o exportador poderá assumir, voluntariamente, compromis-

2 Consideram-se partes interessadas: (i) os produtores domésticos e a entidade de classe que os represente; (ii) os importadores e a entidade de classe que os represente; (iii) os exportadores e a entidade de classe que os represente; (iv) o governo do país exportador.

sos satisfatórios de revisão dos preços ou cessação das importações a preços de "dumping". Caso aceito tal compromisso pela Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) e homologado pela Câmara de Comércio Exterior (CAMEX), o processo de "dumping" poderá ser encerrado ou suspenso sem a imposição de direitos. A investigação, contudo, deverá prosseguir se o exportador ou as autoridades assim o desejarem.

Note-se que a aceitação ou não de compromisso de preços é ato discricionário das autoridades brasileiras, o que não a isenta de fundamentação quanto à recusa. Contudo, apesar de, formalmente, não ser necessária manifestação da indústria nacional quanto a este compromisso é comum que a SECEX indague a opinião da indústria doméstica quanto à aceitação do mesmo.

Antes de ser formulado o parecer final será realizada audiência, convocada pela SECEX, para informar às partes os fatos essenciais que formam a base para o parecer, sendo dado a estas quinze dias para se manifestarem a respeito. Findo tal prazo será considerada encerrada a instrução do processo e informações recebidas posteriormente não serão consideradas.

O encerramento da investigação poderá ser normalmente efetuado com ou sem a aplicação de direitos "antidumping", traduzido como a "taxa imposta às importações realizadas a preço de "dumping", com o objetivo de neutralizar seus efeitos danosos à indústria nacional"[3]. Neste sentido, a investigação será encerrada, sem a aplicação de medidas "antidumping" se: (i) não houver comprovação suficiente de "dumping" ou de dano dele decorrente, (ii) a margem de "dumping" for "de minimis", (iii) o volume de importações objeto de "dumping" real ou potencial for insignificante. Alternativamente, a investigação será encerrada, com a aplicação de medidas "antidumping" se a SECEX entender que há "dumping", dano e nexo causal entre eles.

As autoridades nacionais poderão, então, impor direitos "antidumping", especificando seu valor, o qual não poderá ser superior à margem de "dumping" apurada. Chamamos a atenção para o fato de que a legislação brasileira permite a cobrança de direitos "antidumping" definitivos sobre produtos que tenham sido despachados

---

3 Manual de Defesa Comercial, elaborado pela SECEX, página 24.

para consumo até noventa dias antes da data de aplicação das medidas "antidumping" provisórias sempre que (i) haja antecedentes de "dumping" causador de dano, ou que o importador estava ou deveria estar ciente de que de que o produtor ou exportador pratica "dumping" e de que este causaria dano; e (ii) o dano seja causado por volumosas importações de um produto a preços de "dumping" em período relativamente curto.

Os direitos "antidumping" e os compromissos de preços propostos pelo exportador permanecerão em vigor somente enquanto perdurar a necessidade de neutralizar o "dumping" e dano causados. Contudo, estes direitos serão extintos no prazo máximo de cinco anos após sua aplicação, podendo este prazo ser prorrogado desde que demonstrado que a extinção dos referidos direitos poderia acarretar no retorno do "dumping" e do dano à indústria nacional dele decorrente.

O processo "antidumping" poderá, ainda, ser encerrado com base em iniciativa do peticionário ou de autoridades brasileiras. De fato, o peticionário poderá solicitar, a qualquer momento, encerramento do processo Entretanto, a SECEX pode determinar o prosseguimento da investigação. Adicionalmente, em circunstâncias excepcionais, decidir em razões de interesse nacional, pela suspensão da aplicação dos direitos.

25.4. Conclusão

Ante o exposto, ficou claro que o processo "antidumping" é figura nova que vem sendo crescentemente utilizada no Brasil.

A regulamentação brasileira, baseada no GATT e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), busca ser bastante detalhista, dando possibilidade ao contraditório e exigindo provas detalhadas.

Contudo, a recente utilização do tema faz com que, na prática, as autoridades envolvidas, as partes interessadas e até mesmo os profissionais do ramo se deparem com situações inusitadas, as quais vão sendo resolvidas à medida em que se vai avançando no tema.

DIREITOS DO CONSUMIDOR NO BRASIL: ENQUADRAMENTO E EXECUÇÃO DA LEI

Capítulo 26

26.1. Desenvolvimento da Lei

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a defesa do consumidor é um direito fundamental do cidadão (art. 5º, XXXII, CF). Por direito fundamental, entende-se aquele essencial ao ser humano, sem o qual a pessoa não é capaz de se realizar, conviver, sobreviver e se desenvolver plenamente. Outros exemplos de direitos fundamentais são a vida, a liberdade, a igualdade, etc.

Por ser um direito fundamental, a defesa do consumidor é inalienável (não pode ser vendido ou transferido) e irrenunciável (a pessoa não pode abrir mão antecipadamente do mesmo).

Ainda, a Constituição Federal de 1988 prevê que a defesa do consumidor é um princípio da ordem econômica (art. 170, V, CF).

Atendendo à disposição que determinou a elaboração do código de defesa do consumidor dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição Federal, em 11 de setembro de 1990 foi editado o Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei federal (Lei n.º 8.078, de 11/09/1990), de aplicação necessária e observância obrigatória em todo o território nacional.

26.2. Definição Geral

A definição de consumidor no Brasil e sua respectiva proteção é bem mais ampla do que pode parecer em uma primeira análise. A própria noção de proteção abrange conceitos que, muitas vezes, não possuem definição legal. A delimitação desses termos acaba ficando a cargo dos Tribunais e juízes.

Para tanto, cumpre elencar alguns conceitos básicos:

Consumidor: toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (art. 2º, CDC). Ou seja, consumidor não é apenas a pessoa que compra uma geladeira em uma lojas de eletrodomésticos, mas também a fábrica que adquire cestas básicas para fornecer aos seus funcionários.

Entretanto, o conceito de consumidor ainda pressupõe a condição de destinatário final. Após intensos debates jurisprudenciais, pacificou-se o entendimento de que destinatário final é o consumidor não profissional, que adquire ou utiliza o produto ou serviço para uso próprio ou de sua família. Isto é, aquele que retira o bem do mercado, colocando um fim na cadeia produtiva, em oposição àquele que utiliza o bem ou serviço como mero insumo, transformando-o para oferecê-lo novamente no mercado.

Mister ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor ainda prevê três casos de equiparação a consumidor, isto é, pessoas que, pela definição legal, não seriam consumidores, mas que a lei as considera como tal: *a)* a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, quando esta for parte de uma relação de consumo; *b)* todas as vítimas de um acidente dentro de uma relação de consumo, no caso de responsabilidade pelo fato do produto ou serviço defeituoso e *c)* todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais que envolvam uma relação consumerista.

Fornecedor: toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Como se pode perceber, o conceito é o mais amplo possível, numa tentativa de abarcar todas as hipóteses de fornecimento de produto ou serviço.

É de se ressaltar que fornecedor é gênero, tendo como espécies o produtor, o montador, o criador, o fabricante, o construtor, o transformador, o importador, o exportador, o distribuidor, o comerciante e o prestador de serviços. Quando o Código de Defesa do Consumidor empregar o termo fornecedor, está a se referir a todas as espécies; por outro lado, quando utilizar uma espécie determinada, está a excluir todas as demais.

Produto: qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

Serviço: qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. Enquanto que, para ser considerado produto, não se exige remuneração; para ser considerado serviço, o pagamento se faz necessário, ainda que de forma indireta.

26.3. Escopo

Tendo em vista que, atualmente, vivemos a chamada "sociedade de consumo", a legislação consumerista ganha importância e passa a regular as inúmeras relações de consumo travadas diariamente. Com a facilidade de crédito, o aumento do marketing e a dificuldade de acesso à Justiça, tais relações se tornam cada vez mais litigiosas, motivo pelo qual o Código de Defesa do Consumidor deve ser profundamente estudado e amplamente divulgado.

Ademais, cumpre destacar que o Código de Defesa do Consumidor é bastante abrangente e regula desde a oferta e a publicidade; a fase contratual; a cobrança de dívidas; a defesa do consumidor em juízo; os crimes contras as relações de consumo; além da qualidade dos produtos e serviços, prevenção e reparação dos danos.

A oferta e a publicidade vinculam o fornecedor, de modo que tudo aquilo que for veiculado e prometido deve ser cumprido. O Código de Defesa do Consumidor não

proíbe a publicidade, apenas estabelece os casos em que a mesma é perniciosa ao consumidor e prevê os casos de publicidade enganosa e abusiva, regulamentado-a e punindo-a, uma vez que a sua promoção constitui verdadeiro crime.

A proteção contratual do consumidor é objeto de grande preocupação pelo Código de Defesa do Consumidor. Com o objetivo de evitar qualquer lesão aos consumidores, o Código dispõe que os contratos relativos às relações de consumo não podem ser escritos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance. Também prevê que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas da maneira mais favorável ao consumidor. O fornecedor pode oferecer uma garantia contratual ao consumidor, além da garantia prevista na lei (garantia legal). Para tanto, o termo de garantia deve ser escrito e esclarecer em que consiste a mesma, além da forma, prazo e lugar em que pode ser exercitada. É importante esclarecer que toda garantia contratual somente inicia a sua vigência após o decurso da garantia legal.

A fase contratual é rigorosamente disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual veda práticas e cláusulas abusivas.

A cobrança de dívidas deve respeitar a dignidade da pessoa humana, evitando a exposição do consumidor ao ridículo.

A defesa do consumidor em juízo prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, a qual transfere ao fornecedor o ônus de provar que o consumidor não tem razão.

O Código de Defesa do Consumidor capitula alguns crimes, punidos com pena de detenção e multa. Tais crimes podem ser praticados por pessoas físicas ou jurídicas, neste caso, responsabilizando-se o diretor, administrador ou gerente da pessoas jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições proibidas pelo Código de Defesa de Consumidor. Em todos os casos, é observado o princípio constitucional do devido processo legal.

Em suma, a proteção ao consumidor não pode ser vista como um entrave à economia, mas sim como uma necessidade do mundo moderno. Ademais, uma pessoa

que é fornecedora numa dada relação pode ser consumidora em outra, o que atesta a universalidade do Código de Defesa do Consumidor.

26.4. Execução da Lei

A interpretação e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor é um trabalho difícil e objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial. Ainda assim, o código está em vigor e deve ser respeitado, sob pena de responsabilização civil, administrativa e até mesmo criminal.

Consequentemente, a prudência aconselha a adoção de uma conduta preventiva, a fim de evitar conflitos e o entrave da atividade produtiva, empresarial e comercial.

Em função da proteção legal incidir na fase pré-contratual, contratual e até mesmo pós-contratual, não há nenhuma epata do processo produtivo que não esteja sujeita ao Código de Defesa do Consumidor.

26.5. Tendências

O Código de Defesa do Consumidor foi inspirado nas mais modernas leis já vigentes. Ainda assim, o legislador se preocupou em editar uma lei de acordo com a realidade brasileira, dotada de peculiaridades e problemas próprios.

Desde que foi editado, o código foi objeto de diversas alterações, revelando a preocupação brasileira com as questões mais atuais.

Entender os direitos do consumidor nas várias jurisdições ajudarão pessoas de negócios a se integrarem melhor, mais rápido e de uma maneira mais lucrativa.

Arbitragem e Reconhecimento e Execução de Decisões Arbitrais e Sentenças Judiciais Estrangeiras no Brasil

27.1. Objeto e Regras Aplicáveis

De acordo com a Lei n.º 9.307/96 (Lei de Arbitragem), as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Em outras palavras, podem ser submetidas à arbitragem as questões que envolvam direitos patrimoniais de caráter privado sobre os quais as partes podem transacionar.

As regras de direito que serão aplicadas na arbitragem podem ser livremente estabelecidas, inclusive sendo possível que a arbitragem se

realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

A cláusula através da qual as partes se comprometem a submeter todo e qualquer litígio à arbitragem (cláusula compromissória) vincula as partes. A Lei de Arbitragem contém dispositivo específico que confere ao contratante o direito de exigir o cumprimento forçado (judicial) da cláusula compromissória, caso a outra parte resista à instituição da arbitragem.

27.2. Procedimento Arbitral

O processo de escolha dos árbitros pode ser estabelecido, de comum acordo, pelas partes. Também podem ser adotadas as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada para o processo de escolha. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir dentro do território nacional não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui titulo executivo. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I. relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II. os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

IV. dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

V. a data e o lugar em que foi proferida.

27.3. Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

O Brasil ratificou o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923, assim como a Convenção de Nova Iorque de 10/06/1958 acerca do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita unicamente à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O pedido de homologação deverá ser instruído com: (i) o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial e (ii) o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

De acordo com a Lei de Arbitragem, a homologação de sentença estrangeira seguirá as mesmas regras do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do STJ relativas à homologação de sentença estrangeira.

Nesse sentido, ainda de acordo com a Lei de Arbitragem, uma sentença arbitral estrangeira não será homologada pelo STJ se:

I. as partes na convenção de arbitragem forem incapazes;

II. a convenção de arbitragem não for válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III. a parte contra qual se invoca a sentença arbitral não foi notificada da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV. a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V. a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI. a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada;

VII. segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido pela arbitragem;

VIII. a decisão ofende a ordem pública nacional.

Quando homologada pelo STJ, a sentença arbitral estrangeira assumirá a condição de título executivo judicial.

27.4. Sentenças Judiciais Estrangeiras

Sentenças estrangeiras podem ser reconhecidas e executadas no Brasil, sem que para isso haja necessidade de reciprocidade por parte do país de origem ou de convenção internacional entre este e o Brasil. Mas para que possa gerar efeitos no Brasil, uma decisão judicial proferida no exterior dependerá de homologação pelo Poder Judiciário brasileiro.

Conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 105, (i), o órgão federal responsável por analisar e decidir os pedidos de homologação de sentenças estrangeiras é o STJ, sendo que este assunto se rege pelas disposições da Lei de Introdução ao Código Civil, que contém normas de interpretação de direito internacional privado, pelo Código de Processo Civil e pela Resolução n.º 9 do STJ.

Para conferir eficácia à sentença estrangeira, no território nacional, o STJ verifica o cumprimento dos requisitos formais no que diz respeito ao processo, até se chegar à sentença.

No Direito brasileiro, sentença é uma decisão final, de natureza civil, comercial ou penal, proferida por um juiz ou tribunal, seguindo e respeitando o devido processo legal.

Satisfeitas essas condições básicas, verificar-se-á o atendimento aos seguintes requisitos, previstos no artigo 5º da Resolução n.º 9 do STJ, com base nas disposições do artigo 15 da Lei de Introdução ao Código Civil:

- *a sentença estrangeira deverá ter sido proferida por um juízo competente:*

Neste ponto, o STJ não buscará comprovar a competência do juízo onde correu a demanda, pois disso poderia resultar a fixação de outro juízo no mesmo país, o que constituiria indevida interferência na sua soberania por parte da justiça brasileira.

O que será examinado, na verdade, é se a sentença estrangeira não versa sobre tema sobre o qual a lei brasileira confere competência exclusiva às cortes brasileiras. Não seria passível de homologação, por exemplo, sentença relativa a imóvel situado no território nacional, pois a Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 12, parágrafo I, estabelece que "só à autoridade judiciária brasileira" compete julgar tais ações.

- as partes devem ter sido devidamente citadas ou então deve ter-se verificado legalmente a revelia:

A citação é o ato pelo qual a parte é chamada a se defender em um processo contra ela movido. É fundamental para a garantia do direito de defesa e deverá ter seguido os parâmetros estabelecidos pela lei do local onde a sentença foi proferida. Sendo o réu domiciliado no Brasil, a citação deverá ter sido efetivada por meio de carta rogatória. Nesse sentido, a jurisprudência dominante do STJ é de que a citação do réu domiciliado no Brasil em relação a processo judicial iniciado no exterior, por qualquer outro meio que não a carta rogatória, é contrária à ordem pública brasileira.

- a sentença não deverá mais ser passível de qualquer recurso, e deverá estar revestida das formalidades legais necessárias para sua execução no lugar em que tiver sido proferida:

Para facilitar a verificação de que se trata de coisa julgada, é conveniente que se obtenha, do próprio juiz que proferiu a sentença, uma certidão indicando não mais haver qualquer recurso possível contra a mesma, em qualquer grau, pois é certo que o STJ, seguindo seus usos e costumes, exigirá uma prova de tal circunstância.

- *a sentença deverá ser autenticada junto ao consulado brasileiro mais próximo e traduzido por tradutor público juramentado no Brasil.*

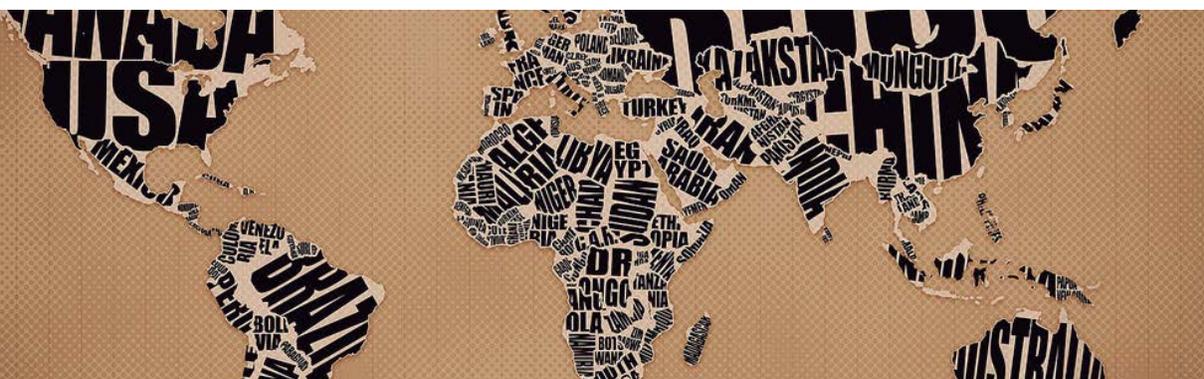
- *a sentença para a qual se postula a homologação não deve ferir a soberania e a ordem pública, conforme artigo 6º* Resolução n.º 9 do STJ*:*

Este é o único aspecto relativo à essência/mérito do julgado estrangeiro que poderá ser analisado pelo STJ.

A homologação é obtida através de uma ação, proposta pela parte vencedora, perante o STJ que, por sua vez, determinará a citação da parte vencida para que esta apresente eventuais argumentos contrários à homologação.

Apenas serão aceitas, como argumentos contrários à homologação, razões que questionem (i) a autenticidade dos documentos comprobatórios produzidos pelo vencedor da ação no exterior, (ii) a interpretação da sentença estrangeira, ou (iii) o atendimento aos requisitos acima descritos, conforme define o artigo 9º da Resolução n.º 9 do STJ.

Obtida finalmente a homologação da sentença estrangeira, esta adquire a condição de um título executivo judicial, podendo, portanto, ser levada à execução, perante o juízo federal de 1ª instância competente.

Capítulo 28

ASPECTOS INTERNACIONAIS DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA

28.1. Jurisdição Geral dos Tribunais Brasileiros

A Constituição Federal brasileira estabelece que o Executivo, o Legislativo e Judiciário são poderes independentes e harmônicos da República (CF, artigo 2º). A Constituição também estabelece que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário (CF, artigo 5º, inciso XXXV). A jurisdição é, consequentemente, uma questão de soberania.

Devido à estrutura federativa do Estado brasileiro, o poder jurisdicional dos Estados federados deriva também das Constituições estaduais. O Código de Processo Civil (CPC), estatuto nacional, estabelece que a jurisdição civil será exercida pelos juízes em todo o território nacional (CPC, artigo 1º). Além disso, o Código de Processo Civil

também estabelece que as ações cíveis serão julgadas pelos juízes de acordo com as respectivas competências, sem prejuízo do direito das partes de submeter suas disputas à arbitragem (CPC, artigo 86).

Os limites da jurisdição brasileira em relação a outras jurisdições são estabelecidos pelas leis brasileiras, sempre que as ações forem propostas no foro brasileiro. Em outras palavras, os tribunais brasileiros observarão a *"lex fori"* – lei do foro -, que é o Código de Processo Civil brasileiro. A esse respeito, o Código de Processo Civil estabelece uma clara distinção entre a jurisdição concorrente (CPC, artigo 88) e a jurisdição exclusiva (CPC, artigo 89). No caso da jurisdição concorrente, o Judiciário brasileiro pode exercer o seu poder sempre que (i) o réu seja domiciliado no Brasil, independentemente de sua nacionalidade, ou (ii) a obrigação tenha sido contraída no Brasil, ou (iii) a ação decorra de um fato ocorrido ou de um ato praticado no Brasil. No caso de jurisdição exclusiva brasileira, somente tribunais brasileiros podem exercer a jurisdição (i) em ações relativas a direitos reais e (ii) para processar a sucessão e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o falecido fosse estrangeiro e tenha vivido fora do território brasileiro.

28.2. Eleição de Foro

A jurisprudência brasileira tem sido vacilante quanto à autonomia da vontade para a eleição de foro estrangeiro. Podem ser encontradas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em ambos os sentidos; alguns ministros entendem que a simples manifestação de vontade das partes não pode afastar a jurisdição brasileira, porquanto as regras da jurisdição estatal são fundadas na soberania nacional e não estão sujeitas à autonomia das partes. Em consequência, as partes são livres para modificar a competência territorial interna, mas não podem modificar a extensão da jurisdição nacional[1]. Alguns ministros, entretanto, entendem que não existe proibição para a eleição do foro em contratos internacionais[2].

1 REsp 804306/SP, 3ª T., Relator Min. Nancy Andrighi, DJ 3/9/08; REsp 498835/SP, 3ª T., Relator Min. Nancy Andrighi, DJ 29/5/05; REsp 251438/RJ, 4ª T., Relator Min. Barros Monteiro, DJ 8/8/00.

2 REsp 1177915/RJ, 3ª T., Relator Min. Vasco Della Giustina, DJ 13/4/10; REsp 242383/SP, 3ª T., Relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 21/3/05; REsp 505208/AM, 3ª T., Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13/10/03.

Diante da indefinição jurisprudencial da mais alta corte brasileira incumbida de questões infraconstitucionais, a respeito da escolha do foro em contratos internacionais firmados entre partes domiciliadas no Brasil, ou havendo uma obrigação a ser cumprida no Brasil, ou, ainda, quando houver um ato praticado ou um fato ocorrido no Brasil, o contrato deve ser cuidadosamente negociado e cautelosamente redigido.

28.3. Cooperação Judicial

As leis brasileiras são, geralmente, favoráveis à cooperação com tribunais de outros países. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil ("LIDB"), estabelece que os tribunais brasileiros deverão processar os atos judiciais requeridos por meio de cartas rogatórias pelos tribunais estrangeiros competentes, desde que seja concedido a elas o necessário *exequatur* (artigo 12, parágrafo 2º, LIDB).

De acordo com a Constituição, há necessidade de *exequatur* à carta rogatória para que seja determinada a realização de citação de réu domiciliado no Brasil, assim como para a obtenção de provas, por um juiz brasileiro de primeira instância. A Emenda Constitucional nº 45, de 2004, transferiu a competência para a concessão do *exequatur* do Supremo Tribunal Federal (STF) para o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (CF, artigo 105, inciso I, alínea "i"), e novas regras foram recentemente estabelecidas para o seu processamento[3]. O Presidente do STJ notificará o réu sobre o pedido contido na carta rogatória, e o réu poderá impugnar o pedido, se houver ofensa à ordem pública brasileira, ou se não tiverem sido observadas as formalidades necessárias.

Ao lado das normas de direito positivo sobre cooperação judicial, aplicáveis a qualquer Estado estrangeiro, existem tratados bilaterais assinados pelo Brasil e alguns Estados estrangeiros, como a França (2000), a Espanha (1991), a Itália (1995), além de acordos firmados no âmbito do Mercosul. Estes tratados não têm idêntico teor, mas a maioria deles contém dispositivos para agilizar, até certo ponto, os atos necessários para se obter o *exequatur* do STJ[4].

---

3 Para o texto complete da Resolução nº 9, de 4 de Maio de 2005, da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, ver http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/368.

4 Para o texto completo dos tratados bilaterais em matéria cível, ver http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ4824E353ITEMID2D7208F92A0D4C76BE42D6CF48034A17PTBRNN.htm

Há também tratados multilaterais firmados pelo Brasil com relação à cooperação internacional entre países que mantêm relação política ou econômica especial com o Brasil. Este é o caso dos países do continente americano – do sul, do centro e do norte –, reunidos na Organização dos Estados Americanos (OEA), bem como os países integrantes do Mercado Comum do Sul (Mercosul).

Os estados-membros da OEA firmaram uma série de convenções de direito internacional privado (as CIDIP's), algumas das quais relativas à cooperação judicial. Este é o caso da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (CIDIP-I, Panamá, 1975)[5] e seu Protocolo Adicional (CIDIP-II, Montevidéu, 1979)[6], ambos promulgados no Brasil em 1996.

De acordo com estes tratados, as notificações e as citações podem ser requeridas pelas partes interessadas, por meio do sistema judiciário, por intermédio de ou agentes consulares ou diplomáticos e por meio das autoridades centrais dos países requerentes e requeridos.

A principal inovação introduzida pela Convenção de Cartas Rogatórias foi o uso de autoridades centrais como intermediárias entre os tribunais dos países envolvidos, tornando possível transmitir os pedidos de cooperação com menos formalismo do que o normalmente usado por tribunais e canais diplomáticos. Um certo grau de uniformização procedimental também foi alcançado por esta Convenção, de modo que as exigências para o processamento das cartas rogatórias são aproximadamente as mesmas nos países em que ela estiver em vigor. Entretanto, alguns de seus dispositivos foram considerados inaplicáveis, tais como aquele que estabeleceu a possibilidade de comunicação direta entre juízes de países vizinhos, o que não pode ser aplicado no Brasil devido às regras constitucionais que determinam a necessidade do *exequatur* pelo STJ como condição de processamento da carta rogatória.

5 Para o texto completo da Convenção, ver: http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={B3528D72-25A3-40D8-A60D-AFFA08757DA8}&ServiceInstUID={D4906592-A493-4930-B247-738AF43D4931}

6 Para o texto completo do Protocolo Adicional, ver: http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={A31FDE64-540B-4850-B3BE-DE29A5C87BDA}&ServiceInstUID={D4906592-A493-4930-B247-738AF43D4931}

A concessão do *exequatur* na carta rogatória não implica o automático reconhecimento da jurisdição do país requerente, nem implica a obrigação de reconhecimento e execução da decisão que vier a ser proferida pelo tribunal estrangeiro.

Os procedimentos para o cumprimento do pedido constante da carta rogatória seguirão as regras do Estado requerido, mas poderão seguir algum requerimento especial feito pelo Estado requerente, desde que não seja incompatível com a ordem pública do Estado requerido. Em todo caso, o Estado requerido pode recusar o cumprimento da carta rogatória, quando considerar que o pedido viola manifestamente a sua própria ordem pública.

Existe tratado multilateral sobre cooperação judicial também no quadro do Mercosul – o Protocolo de Las Leñas, de 1992[7], que contém regras facilitadoras do cumprimento de cartas rogatórias pelos Estados membros do Mercosul. O Protocolo de Las Leñas trata da citação, da notificação e de atos similares, bem como da obtenção de provas. Dispõe que a carta rogatória deva ser cumprida de ofício pela autoridade requerida, exceto quando se evidenciar alguma questão de ordem pública. Também estabelece que o cumprimento da carta rogatória não significa o automático reconhecimento da jurisdição do tribunal requerente. Os procedimentos seguem as regras do Estado requerido, e as autoridades centrais são as intermediárias preferenciais entre os Judiciários envolvidos.

O Protocolo de Las Leñas dispensa a obrigação de prestar caução para custas e honorários advocatícios, normalmente exigidas de partes estrangeiras que litigam no Brasil.

28.4. Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras no Brasil

O reconhecimento e a execução das sentenças estrangeiras tem estado há longo tempo presentes no direito brasileiro. No quadro legal atual, estão contemplados na Constituição Federal de 1988 e subsequente Emenda Constitucional nº 45 (artigo 105, I, “i”), na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 15), no

7 Para o texto completo do Protocolo de Las Leñas, ver http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={5634D9E8-ADA4-4E2E-8496-2F9D9A5EDB64}&ServiceInstUID={D4906592-A493-4930-B247-738AF43D4931}

Código de Processo Civil (artigos 483 e 484) e, finalmente, na Resolução nº 9 da Presidência do STJ[8].

Segundo as regras aplicáveis, a sentença estrangeira, para ser obrigatória no Brasil, deve (i) ter sido proferida por juiz competente, (ii) o réu tem que ter sido citado para o processo, (iii) estar transitada em julgado e pronta para a execução no estado de origem, (iv) ter sido traduzida por um tradutor juramentado brasileiro, e (v) ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O procedimento para o reconhecimento da sentença estrangeira pelo STJ exige que a parte interessada requeira a homologação juntando cópia da sentença estrangeira, assim como de outros documentos necessários para a compreensão do pedido, tudo devidamente traduzido e autenticado.

Se a sentença estrangeira for incompatível com a ordem pública brasileira, não poderá ela ser homologada; porém, se a incompatibilidade for parcial, a homologação também poderá ser apenas parcial. Medidas antecipatórias ou provisórias também podem ser concedidas em procedimentos para o reconhecimento de sentenças estrangeiras, de modo a evitar que o réu frustre o propósito da homologação durante o tempo de seu processamento.

Se o réu desejar contestar o pedido de homologação da sentença estrangeira, somente poderá fazê-lo questionando a autenticidade dos documentos, a compreensão do julgamento ou o respeito aos requisitos da Resolução nº 9, não se admitindo discutir o mérito da decisão, exceto, eventualmente, a questões de ordem pública.

Uma vez reconhecida pelo STJ, a decisão estrangeira pode ser executada pelo juízo federal de primeira instância.

Para evitar as incertezas e peculiaridades das várias leis nacionais sobre reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras, tratados bilaterais e multilaterais buscaram criar um conjunto de condições uniformes para esse fim. O Brasil celebrou alguns tratados internacionais relativos ao reconhecimento e à execução das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros, tanto no nível dos Estados-membros da OEA quanto do Mercosul.

8 Ver nota 3 *supra.*

A Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros[9] foi assinada em Montevidéu, em 1979, e promulgada no Brasil em 1997. Esta Convenção outorga eficácia extraterritorial, em outros Estados-partes em que esteja em vigor, às sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros proferidos em matéria cível, comercial ou trabalhista, em qualquer dos Estados-partes, desde que (i) seja considerada autêntica no Estado de origem, (ii) a sentença e os documentos que a acompanham tenham sido traduzidos para a língua do estado do reconhecimento, (iii) tenha sido autenticada na forma exigida pelas leis do Estado homologante, (iv) tenha sido proferida por tribunal competente na esfera internacional, de acordo com as leis do estado da homologação, (v) o réu tenha sido citado em forma substancialmente equivalente àquela aceita pelas leis do Estado homologante, (vi) as partes tenham tido oportunidade de apresentar defesa, (vii) a decisão seja definitiva ou tenha efeito de coisa julgada no Estado de origem, e (viii) a decisão não esteja em manifesto desacordo com princípios e normas de ordem pública do Estado homologante.

A Convenção sobre Eficácia Extraterritorial se excede em exigências burocráticas, mas nada menciona sobre como determinar a jurisdição internacional do Estado de origem. Diante de tal omissão, outra convenção foi posteriormente elaborada – a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia das Sentenças Estrangeiras[10] –, assinada em 1984, mas ainda não ratificada pelo Brasil. Esta convenção tem sido criticada pelo seu escopo de aplicação extremamente limitado, o que possivelmente explica o fato de ter sido ratificada apenas por dois Estados da região (México e Uruguai).

Devido à situação confusa das convenções interamericanas sobre reconhecimento das sentenças estrangeiras, os Estados-partes do Mercosul trataram do assunto novamente no Protocolo de Las Leñas, em 1992. A notável inovação contida neste instrumento a respeito do reconhecimento das sentenças estrangeiras é que o pedido pode ser processado por meio de carta rogatória, em lugar de o ser por meio de petição protocolada diretamente no Brasil pelo requerente, permitindo, com isto, que o processo tenha início no país de origem e seja conduzido por intermédio das

9 Para o texto completo da Convenção, ver http://www2.mre.gov.br/dai/arbitral.htm

10 Para o texto completo da Convenção, ver http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-50.htm

respectivas autoridades centrais. Entretanto, deve ser salientado que a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça não foi dispensada.

Apesar de a lei brasileira não considerar a litispendência em jurisdição estrangeira como prejudicial da jurisdição dos Tribunais brasileiros (CPC, art. 90), a litispendência constitui impedimento para o reconhecimento de sentença estrangeira sob o Protocolo de Las Leñas, caso a ação pendente tenha sido proposta antes da ação na qual tenha sido proferida a sentença estrangeira homologanda (artigo 22).

Em complemento ao Protocolo de Las Leñas, os Estados-membros do Mercosul também definiram condições para a assunção de jurisdição internacional em matéria contratual, por meio do Protocolo sobre Jurisdição em Matéria Contratual[11], assinado em Buenos Aires em 1994 e promulgado no Brasil em 1996.

28.5. Jurisdição dos Tribunais Arbitrais Internacionais

A lei brasileira de arbitragem – Lei nº 9.307, de 1996[12] – aceita e endossa a arbitragem internacional como mecanismo efetivo de solução de controvérsias envolvendo direitos patrimoniais e partes com capacidade de dispor sobre seus próprios direitos. Não há restrições para o uso das regras de arbitragem de instituições arbitrais estrangeiras ou internacionais, que são deixadas à escolha das partes envolvidas na convenção de arbitragem.

Apesar da liberdade das partes em contratos internacionais para estabelecer os mecanismos de soluções de controvérsias de sua escolha, a sentença arbitral proferida fora do território brasileiro necessita ser reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, como se faz com a sentença de tribunal estatal estrangeiro. O procedimento para a obtenção de tal reconhecimento é praticamente o mesmo da sentença judicial estrangeira, e também é regulado pela Resolução nº 9, de 2005, da Presidência do STJ[13].

Em acréscimo às previsões da lei brasileira de arbitragem, as regras da Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1958

11 Para o texto completo do Protocolo, ver http://www2.mre.gov.br/dai/matcontratual.htm

12 Para o texto completo, ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

13 Ver nota 3 *supra*.

(Convenção de Nova York), ratificada e promulgada no Brasil em 2002[14], também se aplica ao reconhecimento de laudo arbitral estrangeiro no Brasil.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – anteriormente o tribunal competente para o reconhecimento de laudo arbitral estrangeiro – nos últimos anos foi geralmente favorável, particularmente com a entrada em vigor da Lei de Arbitragem de 1996, que dispensou o regime da dupla homologação que até então prevalecia[15]. Ao se tornar competente para o reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, em 2004, o Superior Tribunal de Justiça tem tido atitude também favorável à arbitragem internacional envolvendo partes domiciliadas no Brasil[16], em consonância com a interpretação estabelecida pela Convenção de Nova York.

14 Para o texto completo, ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm

15 SE 5206 AgR/EP – ESPANHA, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno,12/12/2001; SEC-5828/NO, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, 06/12/2000; SEC-5847/IN, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, 01/12/1999.

16 See SEC 802 / EX, 2005/0032132-9, Relator Min. José Delgado, CE – Corte Especial, 17/8/2005; SEC 856 / EX, 2005/0031430-2 Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, CE – Corte Especial, 18/5/2005